

**STRASSEN BENUTZUNG
DURCH
ANLIEGERWERBUNG**

vorgelegt von
Robert Hufnagel
aus Kotzenaurach



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**STRASSEN BENUTZUNG
DURCH
ANLIEGERWERBUNG**

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Robert Hufnagel
aus Kotzenaurach



Referent: Professor Dr. Richard Bartlsperger

Tag der mündlichen Prüfung: 16.7.1980

MEINER MUTTER

GEWIDMET

G L I E D E R U N G

	Seite
A. Das Problem	1
B. Begriffliches	6
I. Der Anlieger	6
II. Das Anliegergrundstück	10
III. Die Werbung	12
IV. Die Außenwerbung	13
V. Die Anliegerwerbung	15
1. Die Werbung des Straßenanliegers	16
2. Die Fremdwerbung	17
3. Die mittelbare Fremdwerbung	18
VI. Die Abgrenzung der Anliegerwerbung von der übrigen Außenwerbung	19
C. Erscheinungsformen der Anliegerwerbung	19
I. Visuelle Werbung	20
1. Leucht- und Lichtwerbung	20
2. Sonstige visuelle Dauerwerbung	22
a) Flach- und Nasenschilder	22
b) Dachwerbung, Bemalung und Beschriftung von Fassaden und Giebeln	23
c) Schaufenster und Schaukasten	23
d) Visuelle Gehsteigwerbung	24
3. Plakatanschlag	25
II. Akustische Werbung	26
1. Rhetorische Werbung	26
2. Musikwerbung	27

	Seite
III. Sonstige Arten der Anliegerwerbung	27
1. Olfaktorische (auf den Geruchssinn wirkende) Werbung	27
2. Straßen- und Automatenverkauf	27
D. Anknüpfungspunkte der Reglementierung der Anliegerwerbung	28
I. Das Baurecht	29
1. Bauplanungsrecht	30
2. Bauordnungsrecht	34
II. Das Straßenrecht und das Straßenverkehrsrecht	37
1. Das Straßenverkehrsrecht	39
2. Das Straßenrecht	48
E. Anliegerwerbung als Straßenbenutzung	50
I. Die gegenständliche Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung	50
II. Die agitatorische Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung	52
III. Die wirtschaftliche Nutzung der Straße durch Anliegerwerbung	58
F. Die Anliegerwerbung im früheren Straßenrecht	62
I. Die Benutzungsordnung des früheren Straßenrechts	63
1. Der Gemeingebrauch	64
a) Rechtsnatur	65
b) Inhalt und Umfang	74
2. Der Anliegergebrauch	86
3. Die Sondernutzung	91
a) Die Gebrauchserlaubnis	92
b) Die Nutzungsverleihung	95
c) Die vertragliche Sondernutzung	98

	Seite
II. Die Eingliederung der Anlieger- werbung in die Benutzungsordnung des früheren Straßenrechts	103
G. Die Anliegerwerbung im "neuen Straßenrecht"	106
I. Die Regelung der Straßenbenutzung in den neuen Straßengesetzen	108
1. Der Gemeingebrauch in den neuen Straßengesetzen	109
2. Die Sondernutzung in den neuen Straßengesetzen	111
a) Die öffentlichrechtliche Sondernutzung	112
b) Die bürgerlichrechtliche und sonstige (Sonder-)Nutzung	114
c) Die Satzungsbefugnis der Gemeinden für das Sonder- nutzungsrecht	115
3. Der Anliegergebrauch in den neuen Straßengesetzen	117
4. Zusammenfassung	120
II. Die Kontroverse um die Straßen- benutzung nach den neuen Straßen- gesetzen	120
1. Der Meinungsstand zum Gemein- gebrauchsbegriff	121
a) Der "enge Gemeingebrauchs- begriff"	122
b) Der "weite Gemeingebrauchs- begriff"	126
2. Die Rechtsprechung zum Gemein- gebrauch	129
3. Zusammenfassung und Kritik	143

	Seite
III. Die Straßenbenutzungsordnung des neuen Straßenrechts	154
1. Die Theorie von der Straße als leistungsrechtlichem Mehrzweckinstitut	154
2. Die Vereinbarkeit der Theorie vom leistungsrechtlichen Mehr- zweckinstitut Straße mit den geltenden Straßengesetzen	158
3. Die Arten der Inanspruchnahme des Mehrzweckinstituts Straße als Verwaltungsleistung	168
a) Der Gemeingebrauch als Benutzungsform des Mehr- zweckinstituts Straße	169
b) Der Gemeingebrauch der Anlieger	184
c) Der Sondergebrauch als Benutzungsform des Mehr- zweckinstituts Straße	190
aa) Die Sondernutzung aus leistungsrechtlicher Sicht	191
bb) Die Sondernutzung aus anstaltsrechtlicher Sicht	194
d) Der einheitliche Sonder- nutzungstatbestand	196
e) Der gestaffelte Sonder- nutzungstatbestand	199
aa) Der erlaubnisfreie Sondernutzungstatbestand	200
bb) Der erlaubnispflichtige Sondernutzungstatbestand	211
cc) Der nichterlaubnisfähige Sondernutzungstatbestand	215

	Seite
dd) Die gemeindlichen Satzungsermächtigungen für Sondernutzungen	216
4. Die Sondernutzungsgebühr	220
a) Die Rechtfertigung der Sondernutzungsgebühr	222
b) Der Gebührenmaßstab	229
c) Der Gebührentarif	235
d) Die gebührenfreie Sonder- nutzung	241
5. Sonstige Straßenbenutzungsformen	243
a) Die vertragliche Straßen- benutzung	244
b) Straßenbenutzung als Nach- barrechtsausübung	247
6. Zusammenfassung	256
IV. Folgerungen für die Straßenbe- nutzung durch Anliegerwerbung	257
1. Die Anliegerwerbung als Gemeingebrauch	257
2. Die Anliegerwerbung als Sondernutzung	258
a) Erlaubnisfreie Straßen- benutzungen durch Anlieger- werbung	260
b) Erlaubnispflichtige Straßen- benutzungen durch Anlieger- werbung	267
c) Nichterlaubnisfähige Straßen- benutzungen durch Anlieger- werbung	268
H. Schlußbemerkung	273

LITERATURVERZEICHNIS

- Albert, Günther, Die Gemeinverträglichkeit im Wegerecht, Diss. Würzburg 1968.
- Bartlsperger, Richard, Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts, VerwArch. 60, 35 ff.
- ders., Das Sachenrechtsverhältnis der öffentlichen Straßen, in: Bartlsperger-Blümel-Schroeter, (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980 (zit. Bartlsperger, Das Sachenrechtsverhältnis der öffentlichen Straßen).
- ders., Der Rechtsanspruch auf Beachtung von Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts, DVB. 70, 30.
- ders., Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung, Bonn-Bad Godesberg 1969 (zit. Bartlsperger, Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung).
- ders., Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1975 (zit. Bartlsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden).
- ders., Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Art. 90 (zit. Bartlsperger, BK, Art. 90).
- ders., Straßenrecht zwischen Bewahrung und Technizität, DVBl. 79, 1 ff.
- ders., Subjektives öffentliches Recht und störungspräventive Baunachbarklage, DVBl. 71, 723 ff.
- Baumeister, Ludger, Zur Geschichte und Problematik des deutschen Straßen- und Wegerechts, Bielefeld 1957 (zit. Baumeister, Zur Geschichte und Problematik des deutschen Straßen- und Wegerechts).
- Beckmann, Friedrich-Wilhelm, Der Anliegergebrauch im Straßenrecht von Bund und Ländern, WRP 75, 588 ff., 657 ff.
- ders., Die Stellung des (öffentlichen) Rechts der Sondernutzung und der Anliegergebrauch im Gefüge unseres Normensystems sowie ihre Abgrenzung zur (privatrechtlichen) sogenannten sonstigen Benutzung, BB 72, 598 ff.
- Behrens, Karl Christian, Handbuch der Werbung, 2. Aufl., Wiesbaden 1975 (zit. Behrens, Handbuch der Werbung).

- Biermann, Johannes, Die öffentlichen Sachen, Giessen 1905 (zit. Biermann, Die öffentlichen Sachen).
- Böhm, Anton, Das Hessische Straßengesetz, Kommentar, 2. Aufl., Wiesbaden 1971.
- Brabant, Richard, Der Gemeingebrauch an städtischen Straßen, JW 1938, 3201 ff.
- Brohl, Karl Heinz, Wegepolizei und neues Straßenrecht, DVBl. 62, 392 ff.
- Brügelmann, u.a., Bundesbaugesetz, Kohlhammer, Kommentar, Loseblatt, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, (zit. Brügelmann - Bearbeiter, BBauG).
- Buchli, Hanns, 6000 Jahre Werbung, Band I, Berlin 1962, (zit. Buchli, 6000 Jahre Werbung).
- Bullinger, Martin, Die Zuständigkeit der Länder zur Gesetzgebung, DöV 70, 761 ff., 797 ff.
- Dicke, Detlev, Chr., Anmerkung zum Beschl. des BayObLG v. 6.12.66 und zum Urteil des VGH München v. 2.8.67, DVBl. 69, 316.
- Drees-Kuckuk-Werny, Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 2. Aufl., Münster 1972.
- Dyong, Hartmut, Außenwerbung und Bauplanungsrecht, Der Landkreis, 1971, S. 87.
- Eberhart, Adolf, Sondernutzungen nach dem Bundesfernstraßengesetz, BayVBl. 64, 179.
- Ehrlicher-Esenwein-Rothe-Jürgensen-Rose (Hrsg.), Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Band 2, 3. Aufl., Göttingen 1972 (zit. Ehrlicher u.a., Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Band II, 3. Aufl. 1972).
- Engel, Volker, Die Entwicklung des Bayerischen Straßen- und Wegerechts, Diss. Erlangen 1978 (zit. Engel, Die Entwicklung des Bayerischen Straßen- und Wegerechts).
- Erichsen-Martens, in: Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Berlin-New York 1977.
- Evers, Hans-Ulrich, Die Regelung der "sonstigen Nutzung" durch Bebauungsplan, DVBl. 68, 1 ff.
- Fleiner, Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (zit. Fleiner, Institutionen).
- Friesenhahn, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, Verhandlungen des Deutschen Juristentages (1974).

Fobbe, Klaus, Gemeingebrauch und Kraftverkehr, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1965.

Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973 (zit. Forsthoff, Verwaltungsrecht I).

Fromm, Günter, Anmerkung zum Beschluß des BayObLG v. 16.3.1978, DVBl. 78, 542 ff.

Gaentzsch, Günter, Möglichkeiten ortsrechtlicher Regelung der Außenwerbung, Die Bauverwaltung 8 (1973) 410 ff.

Ganschezian-Finck, Gurgin, Straßeneigentum und Gemeingebrauch, NJW 57, 285 ff.

ders., Anliegergebrauch im Luftraum, DöV 76, 305.

Germershausen, A., Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen, I. Band, 4. Aufl., Berlin 1932, unveränderter Neudruck 1953 (zit. Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, Band I).

ders., Das Telegraphenwege-Gesetz vom 18. Dezember 1899, PrVBl. 21 (1900) 177 ff.

Grabitz, Eberhard, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973) 568 ff.

Groll, Klaus-Michael, Verteilung politischen Werbematerials, NJW 76, 2156 f.

Groebe, Klaus, Zweifelsfragen zum bayerischen Gesetz über Außenwerbung, BayVBl. 1956, 267 ff.

Händel, Walter, Das Anliegerbeitragsrecht, 3. Aufl., Göttingen 1961.

Häberle, Peter, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972).

Hamme, Klaus, Der Gemeingebrauch an städtischen Straßen, Deutsche Verwaltung 1950, 71 ff.

Hansmeyer-Fürst, Die Gebühren, Zur Theorie eines Insutrumen-tariums der Nachfragelenkung bei öffentlichen Leistungen, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968 (zit. Hansmeyer-Fürst, Die Gebühren).

Hardinghaus, Herbert, Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 39, Berlin 1966 (zit. Hardinghaus, Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung 1966).

v.d. Heide, Hans-Jürgen, Anwendung des Bau- und Planungsrechts des Bundes auf Anlagen der Außenwerbung, Der Städtetag 10 (1968) 515 ff.

Helfritz, Hans, Der Meeresstrand im preußischen öffentlichen Recht der Gegenwart, in: Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, Festgabe zur Feier des 50-jährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts Berlin 1925 (zit. Helfritz, Der Meeresstrand, 1925).

Henke, Wilhelm, Das subjektive öffentliche Recht, Tübingen 1968.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl., Heidelberg 1979 (zit. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland).

Huber, E.R., Zur Problematik des Gemeingebrauchs an öffentlichen Straßen, DöV 55, 129 ff.

Hufnagel, Robert, Die Straßenbenutzung für Zwecke der Außenwerbung, in: Bartlsperger-Blümel-Schroeter, (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980 (zit. Hufnagel, Die Straßenbenutzung für Zwecke der Außenwerbung).

Jagusch, Heinrich, Straßenverkehrsrecht, 24. Aufl., München 1978 (zit. Jagusch, Straßenverkehrsrecht).

Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., (unveränderter Neudruck) Offenburg 1948, (Nachtrag) Offenburg 1950 (zit. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., unveränderter Neudruck 1948).

Jesch, Dietrich, Der Gemeingebrauch, JuS 63, 213 ff.

Jung, Hans, Das Recht der Außenwerbung, DVBl. 61, 265 ff.

Kisker, Gunter, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32 (1964) 149 ff.

Kloepfer, Michael, Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz, München 1970.

Kodal, Kurt, Straßenrecht, 3. Aufl., München 1978 (zit. Kodal, Straßenrecht).

Körner, Gerhard, Die Fußgängerzone aus rechtlicher Sicht, BayVBl. 78, 487 ff.

Köttgen, Arnold, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, Göttingen 1961 (zit. Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative).

- Kopsch, Herbert, Außenwerbung, in: Behrens, Handbuch der Werbung, 2. Aufl., Wiesbaden 1975 (zit. Kopsch, Außenwerbung, in: Behrens, Handbuch der Werbung).
- Kormann, Karl, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910 (zit. Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte).
- Krause, Klaus Dieter, Der Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen im neueren Verwaltungsrecht, Diss. Köln 1961 (zit. Krause, Der Gemeingebrauch).
- Krause-Dimov, H., Der Rechtsstatus von Wattenwegen, DVBl. 65, 562 f.
- Kremer, Norbert, Die Anliegersondernutzung im neuen Straßenrecht, DVBl. 63, 431 ff.
- Kropff, H.F.J., Wörterbuch der Werbung, Essen 1959 (zit. Kropff, Wörterbuch der Werbung).
- Krüger, Herbert, Marktwirtschaftliche Ordnung und öffentliche Vorhaltung der Verkehrswege, (Hamburger öffentlich-rechtliche Nebenstudien, Band 24) (zit. Herbert Krüger, Marktwirtschaftliche Ordnung und öffentliche Vorhaltung der Verkehrswege).
- ders., Gegen eine Entstaatlichung der öffentlichen Wege, Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft Güterfernverkehr, Heft I, 1954 (zit. Krüger, Gegen eine Entstaatlichung der öffentlichen Wege).
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 1976.
- Leisner, Walter, Verwaltungspreis - Verwaltungssteuer, Betrachtung zu den Gebührengrundsätzen, in: Gedächtnisschrift für Hans Peters, Berlin-Heidelberg-New York 1967, S. 730 ff. (zit. Leisner, Verwaltungspreis - Verwaltungssteuer).
- Loebell, Die Rechte der Anlieger an städtischen Straßen im Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts, GruchBeitr. 6. Folge I (1897) S. 1 ff.
- Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 4. Aufl., München 1975.
- Mang-Simon, Bayerische Bauordnung, Kommentar, Loseblatt, München (zit. Mang-Simon, BayBO).

Marschall-Schroeter-Kastner, Bundesfernstraßengesetz,
4. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1977 (zit. Marschall-
Schroeter-Kastner, FStrG).

Martens, Wolfgang, Grundrechte im Leistungsstaat VVDStRL 30
(1972).

Mataja, Viktor, Die Reklame, 4. Aufl., Leipzig 1926
(zit. Mataja, Die Reklame).

Maunz, Theodor, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts
(Eine Studie zur Methodik und Dogmatik des deutschen
Verwaltungsrechts), München-Berlin-Leipzig 1933 (zit.
Maunz, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts).

Maurer, Hartmut, Gemeingebrauch und Anliegernutzung
im Straßenrecht, DöV 75, 217 ff.

ders., Die Anliegernutzung, in: Bartlsperger-Blümel-
Schroeter (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßen-
rechtsgesetzgebung, Hamburg 1980.

Mayer, Franz, Der Gemeingebrauch, JuS 63, 205 ff.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Band II, 2. Aufl.,
München und Leipzig 1917 (zit. Otto Mayer, Deutsches
Verwaltungsrecht, Band II, 2. Aufl. 1917).

Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht, 6. Aufl., Berlin 1972.

Memmert, Günter, Der öffentlich-rechtliche Abwehranspruch
gegen Immissionen der öffentlichen Hand, Diss. Erlangen-
Nürnberg 1970.

Menger, Christian-Friedrich, Anmerkung zum Urteil des BVerwG
v. 26.6.1970 (DVB1. 70, 873 f.), VerwArch. 62 (1971) 188 ff.

Mühlhaus, Hermann, Straßenverkehrs-Ordnung, 5. Aufl.,
München 1975 (zit. Mühlhaus, StVO).

Münch, Klaus N., Kollektive Güter und Gebühren (Elemente
einer Gebührentheorie für Kollektivgüter), Göttingen 1976
(zit. Münch, Kollektive Güter und Gebühren, 1976).

Mußnug, Reinhold, Die öffentliche Straße als Mehrzweck-
institut, in: Bartlsperger-Blümel-Schroeter (Hrsg.),
Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980.

Nau, Philipp, Der Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen,
Diss. Mainz 1957.

Nebinger, Robert, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart 1949 (zit. Nebinger, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil).

Obermayer, Klaus, Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1975 (zit. Obermayer, Grundzüge).

v. Olshausen, Eberhard, Anmerkung zum Urt. des BGH v. 4.5.1973 (NJW 73, 1281), NJW 73, 2062.

Ossenbühl, Fritz, Die Quellen des Verwaltungsrechts, in: Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Berlin-New York 1977, S. 51 ff. (zit. Ossenbühl, in: Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1977).

ders., Die Verwaltungsvorschriften in der verwaltungsgerichtlichen Praxis, AÖR 92 (1967) 1 ff.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 38. Aufl., München 1979 (zit. Palandt, BGB, 38. Aufl. 1979).

Pappermann, Ernst, Die Verteilung politischen Werbematerials auf öffentlichen Straßen, NJW 76, 1341 ff.

Peine, Franz-Joseph, Rechtsfragen der Einrichtung von Fußgängerstraßen, Neue Schriften des Deutschen Städtetages, Heft 35, Köln 1979 (zit. Peine, Rechtsfragen der Einrichtung von Fußgängerzonen).

Peltzer, Karl, Enzyklopädisches Handbuch der Werbung und Publikation, I. Band, Werbung, München 1961 (zit. Peltzer, Handbuch, Band I, Werbung).

v. Pestalozza, Christian, Thesen zur kompetenzrechtlichen Quali-fikation von Gesetzen im Bundesstaat, DöV 72, 181 ff.

Peters, Hans, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949 (zit. Peters, Lehrbuch der Verwaltung).

Petersen, Kurt, Grundprinzipien und Grenzen des Gemeingebrauchs gegenüber dem Eigentum an öffentlichen Wegen im Rahmen der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Hamburg 1935.

Prandl-Gillesen, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, 5. Aufl., München 1977.

Püttner, Günter, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32 (1974) 200 ff.

Raps, Margot, Der Anliegergebrauch im Wegerecht unter besonderer Berücksichtigung der Regelung in Bayern, Diss. Würzburg 1971 (zit. Raps, Der Anliegergebrauch im Wegerecht).

Rehbein-Reincke, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, IV. Band, 5. Aufl., Berlin 1894 (zit. Rehbein-Reincke, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, IV. Band).

Riezler, Erwin, Venire contra factum proprium, Leipzig 1912.

Roellecke, Gerd, Gesetzgebung und Außenwerbung, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1971 (zit. Roellecke, Gesetzgebung und Außenwerbung).

v. Rosen - v. Hoewel, Gebühren, Beiträge, Hand- und Spanndienste, in: Handbuch der kommunalen Wirtschaft und Praxis, III. Band, S. 454 ff. (zit. v. Rosen - v. Hoewel, Beiträge, Hand- und Spanndienste).

Runkel, Peter, Zur Abgrenzung von Straßen- und Straßenverkehrsrecht-Widmung, Gemeingebrauch und Sondernutzung und ihr Verhältnis zum Verkehrsrecht, Diss. Bonn 1977 (zit. Runkel, Zur Abgrenzung von Straßen- und Straßenverkehrsrecht, Diss. Bonn 1977).

Rupp, Hans Heinrich, Zur Problematik öffentlich-rechtlicher Machtpotenzierung durch Funktionenkombination, NJW 68, 569 ff.

Rzepka-Reither, Bayerisches Straßen- und Wegerecht, 2. Aufl., Köln-Berlin-Bremen-Hamburg-Kiel-Mainz-München-Wiesbaden 1975.

Salzwedel, Jürgen, in: Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Berlin-New York 1977 (zit. Salzwedel, in: Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1977).

ders., Der Gemeingebrauch, in: Bartlsperger-Blümel-Schroeter (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßensatzungsrecht, Hamburg 1980.

ders., Der Gemeingebrauch, in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Berlin-New York 1979 (zit. Salzwedel, in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 1979).

Samper, Rudolf, Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, 4. Aufl., München 1975 (zit. Samper, PAG).

Schack, Friedrich, Das rechtliche Wesen der wegerrechtlichen Sondernutzung nach altem und neuem Recht, VerwArch. 54 (1963) 43 ff.

- Schallenberg, Hermann, Die Widmung, Stuttgart und Köln 1955 (zit. Schallenberg, Die Widmung).
- Schelcher, Herbert, Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und das Privatrecht, Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Band 31 (1906) 1 ff (zit. H. Schelcher, Der öffentliche Weg und seine Bedeutung).
- ders., Die Entschädigung des Straßenanliegers, Sonderdruck von Fischers Zeitschrift für Verwaltung, Leipzig 1908 (zit. Schelcher, Die Entschädigung des Straßenanliegers).
- Schelcher, Walter, Das Telegraphenwege-Gesetz, Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung, Ergänzungsheft zum 21. Band, Leipzig 1900.
- Scheuner, Ulrich, Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebrauchs und der Nutzung öffentlicher Sachen, Festschrift für Paul Gieseke, Karlsruhe 1958, S. 73 ff (zit. Scheuner, Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebrauchs und der Nutzung öffentlicher Sachen).
- Schiedermaier, Rudolf, Einführung in das bayerische Polizeirecht, München und Berlin 1961.
- Schmidt-Bens, Walter, Verfassungsrechtliche Prüfung der Einschränkung des Gemeingebrauchs durch die neuen Straßen- und Wegegesetze der Länder, Diss. Hamburg 1969.
- Schmidt-Tophoff, Alfons, Kann das Baurecht des Bundes auch Regelungen für Anlagen der Außenwerbung treffen? DVBl. 68, 490 ff.
- ders., Das Recht der Außenwerbung, Köln-Berlin-Bonn-München 1965 (zit. Schmidt-Tophoff, Das Recht der Außenwerbung).
- ders., Die Regelung der Reklame im Entwurf einer neuen Straßenverkehrsordnung, DVBl. 65, 833 ff.
- ders., Reklame an, auf und über öffentlichen Straßen und Plätzen, DVBl. 70, 17 ff.
- ders., Reklame und Verkehrssicherheit, DVBl. 62, 461.
- ders., Gemeingebrauch ohne Anliegernutzung, WRP 59, 213.
- Schneider, Horst, Außenwerbung in Ortssatzungen, Betrieb 66, 969 ff.

- Scholler-Broß, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Heidelberg-Karlsruhe 1978.
- Scholz, Rupert, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 52, Berlin 1967 (zit. Scholz, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, 1967).
- Schröder, Meinhard, Ungereimtheiten der strafgerichtlichen Rechtsprechung zur Verbreitung politischer Schriften auf öffentlichen Straßen, DV 77, 451 ff. (zit. Meinhard Schröder, DV 77, 451 ff.).
- Schuerack, Friedrich, Außenwerbung als Straßennutzung, Diss. Mainz 1963 (zit. Schuerack, Außenwerbung als Straßennutzung).
- Sieder-Zeitler, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 1972, Ergänzungsband 1975 (zit. Sieder-Zeitler, BayStrWG, 2. Aufl. 1972).
- Sigrist, Hans, Zur Verteilung politischer Flugschriften auf öffentlichem Straßengelände, DöV 76, 376.
- Sommer, Michael, Das Immissionsrecht der öffentlichen Straßen, Bonn-Bad Godesberg 1973.
- Stammler, Rudolf, Das Recht des Gebrauchs öffentlicher Straßen, in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts - I., A. Gruchot 70 (1929) 129 ff. (zit. Stammler, Das Recht des Gebrauchs öffentlicher Straßen, GruchBeitr.).
- Steinberg, Rudolf, Meinungsfreiheit und Straßennutzung, NJW 78, 1898 ff.
- Steiner, Udo, Rechtsfragen der Förderung verkehrsberuhigter Zonen, ZRP 78, 277 ff.
- ders., Rechtsprobleme der Fußgängerzonen und anderer verkehrsberuhigter Zonen, in: Bartlsperger-Blümel-Schroeter (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßengesetzgebung, Hamburg 1980.
- Stern, Klaus, Die öffentliche Sache, VVDStRL 21 (1964) 183 ff.
- ders., Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, AöR 84 (1959) 137 ff., 273 ff.

Stock, Martin, Straßenkommunikation als Gemeingebrauch, Königstein/Ts. 1979 (zit. Stock, Straßenkommunikation als Gemeingebrauch 1979).

Uffhäuser, Karsten, Die Benutzungsgebühr, Diss. Göttingen 1970.

v. Unruh, Georg-Christoph, Polizei als Tätigkeit der leistenden Verwaltung, DVBl. 72, 469 ff.

Volkmar, Harald, Grundzüge des Sondernutzungsrechts nach den geltenden Straßen- und Wegegesetzen des Bundes und der Länder, Diss. Münster 1966 (zit. Volkmar, Grundzüge des Sondernutzungsrechts).

Wacke, Gerhard, Der Begriff der Verursachung im Polizeirecht (Bedingungslehre), DöV 60, 93 ff.

Wagner, Wolfgang, Anmerkung zum Urt. d. Bundesverfassungsgerichts vom 10.12.1975 (BVerfGE 40, 371), NJW 76, 1083 f.

Walter, Wolfgang, Gemeingebrauch im Straßenrecht, BayVB1. 78, 234 ff.

Wendt, Rudolf, Die Gebühr als Lenkungsmittel, Hamburg 1975.

Wilke, Dieter, Gebührenrecht und Grundgesetz, Ein Beitrag zum allgemeinen Abgabenrecht, München 1973 (zit. Wilke, Gebührenrecht und Grundgesetz, 1973).

Wolff, Felix-Crisolli, Karl-August, Das Recht der Reklame, Berlin und Leipzig 1929 (zit. Wolff-Crisolli, Das Recht der Reklame, 1929).

Zankl, Hans-Ludwig, Erfolgreich plakatieren, Düsseldorf-Wien 1969 (zit. Zankl, Erfolgreich plakatieren).

Zimniok, Klaus, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, 5. Aufl., München 1970 (zit. Zimniok, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz).

Zippelius, Reinhold, Grundfragen des öffentlichen Sachenrechts und des Bayerischen Straßen- und Wegegesetzes, DöV 58, 838 ff.

ders., Die Sondernutzung, in: Bartlsperger-Blümel-Schroeter, (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980.

Verzeichnis wichtiger Abkürzungen

AG	Amtsgericht
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
BauNVO	Baunutzungsverordnung
BayBO	Bayerische Bauordnung
BayDSchG	Bayerisches Denkmalschutzgesetz
BayStrWG	Bayerisches Straßen- und Wegegesetz
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BBauG	Bundesbaugesetz
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundes- gerichtshofs in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar
BlnStrG	Berliner Straßengesetz
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BremLStrG	Bremisches Landesstraßengesetz
BT.-Drs.	Bundestagsdrucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundes- verfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Entscheidungen des Bundes- verwaltungsgerichts
BWLBO	Landesbauordnung für Baden- Württemberg
BWNatSchG	Naturschutzgesetz für Baden- Württemberg
BWStrG	Straßengesetz für Baden-Württem- berg
Diss.	Dissertation
DöV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungs- recht und Verwaltungspolitik
DV	Die Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürger- lichen Gesetzbuch
Erk.	Erkenntnis
Erl.	Erläuterung
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
GG	Grundgesetz für die Bundes- republik Deutschland
GruchBeitr.	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
GS	Großer Senat
GB1.	Gesetzblatt
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HambWG	Hamburgisches Wegegesetz
HessBO	Hessische Bauordnung

HessStrG	Hessisches Straßengesetz
Hrsg.	Herausgeber
JW	Juristische Wochenschrift
MBO	Musterbauordnung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NBO	Niedersächsische Bauordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRWLBO	Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
NRWLStrG	Straßengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
NStrG	Niedersächsisches Straßengesetz
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
PrALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PrVBl.	Preußisches Verwaltungsblatt
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts
RPLBO	Landesbauordnung für Rheinland Pfalz

RPLStrG	Landesstraßengesetz für Rheinland-Pfalz
RVBl.	Reichsverwaltungsblatt
SaarlBO	Bauordnung für das Saarland
SaarlStrG	Saarländisches Straßengesetz
SeuffArch.	Seufferts Archiv für Ent- scheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SHLBO	Landesbauordnung für das Land Schleswig-Holstein
SHStrG	Straßen- und Wegegesetz des Landes Schleswig-Holstein
StrRegG	Gesetz über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
Urt.	Urteil
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung oberst- richterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Ver- waltungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung

VVDStRL	Veröffentlichung der Ver- einigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung

A. Das Problem

Die Außenwerbung auf Anliegergrundstücken und von Anliegergrundstücken aus, die im folgenden Anliegerwerbung genannt wird, teilt das rechtliche Schicksal der gesamten Außenwerbung insoweit, als es ein eigenständiges "Recht der Außenwerbung" nicht gibt. Die rechtliche Regelung der Außenwerbung erfolgt vielmehr innerhalb verschiedener Rechtsgebiete. ¹⁾

Der rechtliche Anknüpfungspunkt für eine Reglementierung der Außenwerbung in institutioneller Hinsicht findet sich im Straßenrecht. Die öffentlichen Straßen, Wege und Plätze stellen das wichtigste Wirkungsfeld der Außenwerbung dar. Zwar enthalten die geltenden Straßengesetze im Zusammenhang mit der Straßenbenutzungsregelung explizit kaum Vorschriften über Außenwerbung. ²⁾ Die meisten Außenwerbungsvorgänge sind jedoch rechtlich als Straßenbenutzungen zu beurteilen und unterfallen somit der straßenrechtlichen Benutzungsordnung. Die Straßenbenutzung durch Außenwerbung kann darin bestehen, daß Werbung während der verkehrsmäßigen Straßenbenutzung betrieben wird, wie das bei Reklamefahrten der Fall ist.

- 1) Siehe bei Schuwerack, Außenwerbung als Straßenbenutzung, S. 34 ff.; Roellecke, Gesetzgebung und Außenwerbung, S. 12 ff.
- 2) § 9 Abs. 6 FStrG und entsprechende Regelungen in den Landesstraßengesetzen, z.B. § 29 SaarlStrG, beinhalten Regelungen bezüglich von Anlagen der Außenwerbung auf freier Strecke; § 10 Abs. 2 BlnStrG ordnet Werbeanlagen auf öffentlichen Straßen ausdrücklich den Sondernutzungen zu.

Als eine andere Form der Straßenbenutzung erweist sich die Inanspruchnahme des Straßenraumes durch Anlagen der Außenwerbung. In den genannten Vorgängen erschöpft sich jedoch die straßenrechtliche Relevanz der Außenwerbung nicht. Sowohl die Werbung innerhalb des Straßenraumes als auch die Werbung, die von außerhalb auf den Straßenraum einwirkt, weil sie dort wahrnehmbar ist, verfolgt das erklärte Ziel, die Aufmerksamkeit der Straßenbenutzer auf sich zu ziehen. Dadurch kann es zu Störungen der verkehrsmäßigen Straßenbenutzung kommen. Schließlich nutzt die Außenwerbung öffentliche Straßen in der Weise, daß sie wirtschaftlich an deren Vorhaltung partizipiert, indem sie die öffentlichen Straßen als Wirkungsfeld der Werbetätigkeit beansprucht. Diesem Vorgang kann gleichfalls straßenrechtliche Relevanz zukommen.

Die überkommene Straßenbenutzungsordnung unterscheidet traditionellerweise zwei Hauptformen der Inanspruchnahme einer Straße, den Gemeingebrauch und die darüber hinausgehende Sondernutzung. Beide Benutzungstatbestände stellen auf eine gegenständliche Inanspruchnahme der Straße ab. Der werbemäßigen Nutzung öffentlicher Straßen wird diese Systematik nur in begrenztem Umfang gerecht, da sie die Werbung, die von außerhalb auf den Straßenraum einwirkt, trotz deren straßenrechtlicher Relevanz nicht und die Werbung im Straßenraum nur unter dem Gesichtspunkt der Gemeingebrauchsbeeinträchtigung durch gegenständliche Inanspruchnahme der Straße berücksichtigt.

Die neuere Straßenrechtsgesetzgebung hat zumindest daran Wesentliches nicht geändert und leidet weiterhin an einer unübersehbaren Systemschwäche. ³⁾ Dies trifft insbesondere für die gesetzliche Bestimmung der Sondernutzungstatbestände in den neuen Straßengesetzen zu, die bereits vom Wortlaut her deutliche Unterschiede aufweisen. ⁴⁾

Widersprüchliche Literaturmeinungen ⁵⁾ und eine schwankende Rechtsprechung ⁶⁾ in Bezug auf Inhalt und Umfang der straßenrechtlichen Begriffe, Gemeingebrauch, Anliegergebrauch und Sondernutzung, tragen zu einer zusätzlichen Rechtsunsicherheit bei, die insbesondere die überkommenen Formen erlaubnisfreier Straßenbenutzungen durch Straßenanlieger betrifft.

- 3) Ausführlich hierzu Bartlsperger, DVBl 79, 1 ff. - 9 ff.
- 4) Vgl. § 8 FStrG, § 18 BWStrG, Art. 18 BayStrWG, § 10 BlnStrG, § 18 BremLStrG, § 19 HambWG, § 16 HessStrG, § 18 NRWStrG, § 41 RPLStrG, § 18 SaarlStrG, § 21 SHStrWG.
- 5) Siehe statt vieler Maurer DöV 75, 217 ff., m. zahlr. Nachw.
- 6) Urt. d. BVerwG v. 25.9.1968, BVerwGE 30, 235, v. 26.6.1969, BVerwGE 32, 222 ff., v. 15.12.1972, NJW 73, 913 ff., v. 18.10.1974, NJW 75, 357 f., v. 15.11.1974, NJW 75, 1528, v. 29.4.1977, DöV 77, 604 f. und v. 24.2.1978, DöV 78, 373 f.; Urt. d. BGH v. 4.5.1973, NJW 73, 1281 ff., Urt. d. VGH Mannheim, v. 22.7.1971, NJW 72, 837 ff., Urt. d. BayVGh v. 27.5.1958, BayVB1 58, 281 ff. und v. 1.12.1964, BayVB1 65, 243 ff.; Urt. d. OLG Hamm v. 5.12.1974, DöV 75, 576 f.

Es ist nach wie vor nicht zweifelsfrei geklärt, welche Regelung die Straßenbenutzungen, die als Anliegergebrauch, gesteigerter Gemeingebrauch und Anliegernutzung bezeichnet werden, in den neuen Straßengesetzen erfahren haben. 7) Demzufolge herrscht auch Unklarheit darüber, ob und inwieweit die Anliegerwerbung dieser tradierten Form der Straßenbenutzung unterfällt.

Der dargelegte Rechtszustand ist für Verwaltung, Gerichte und Werbungstreibende gleichermaßen unerfreulich und verlangt nach einer sachlich und konstruktiv befriedigenden, aber auch praktikablen Lösung, die der Bedeutung der öffentlichen Straßen gerecht wird und zugleich der Rechtssicherheit in diesem volkswirtschaftlich bedeutsamen Bereich förderlich ist. Eine rechtsdogmatische Klärung und Abgrenzung der zentralen Rechtsinstitute Gemeingebrauch und Sondernutzung erscheint daher unumgänglich.

7) Siehe hierzu Schneider, WRP 1959, 213, ders., NJW 63, 276 ff., Schmidt-Tophoff, DVBl. 70, 17 ff. - 21; Maurer, aaO., S. 226; Beckmann, BB 72, 598 f.; ders., WRP 75, 588 ff., 657ff., Kodak, Straßenrecht, S. 447 ff.

Einen Ansatzpunkt der hier angestrebten Problemlösung liefert eine Institutionenlehre des Straßensrechts,⁸⁾ die die öffentlichen Straßen als leistungswirtschaftliche Mehrzweckinstitute⁹⁾ begreift, deren primäre öffentliche Funktion nicht auf den zulassungsfreien (Gemein-)Gebrauch zum Verkehr beschränkt ist, sondern neben anderen Vorgängen auch die Benutzung der Straßen für Zwecke der Außenwerbung einschließt. Die werbemäßige Benutzung öffentlicher Straßen stellt sich nach dieser Auffassung als Inanspruchnahme einer sächlichen Verwaltungsleistung dar.

Den zweiten Ansatzpunkt bietet die tradierte (wege-)polizeiliche Betrachtungsweise,¹⁰⁾ der jede Straßenbenutzung von alters her ausgesetzt ist.

- 8) Siehe hierzu Stern, VVdStRL 21 (1964) 211, Bartlsperger, Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache, S. 183 ff., 204 ff., ders., Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung, S. 11 f.
- 9) Grundlegend hierzu, Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, S. 28, Bartlsperger, Werbenutzungsverträge, S. 86; siehe auch Mußnug, Die öffentliche Straße als Mehrzweckinstitut, in: Bartlsperger - Blümel - Schroeter (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980, S. 81ff.
- 10) Zum Begriff der Wegepolizei und dessen Wandlung siehe Nedden, DöV 59, 844 ff., Brohl, DVBl. 62, 392 ff. und Bartlsperger, Bonner Kommentar, Art. 90, Rdnr. 42

Sie erklärt sich aus dem Erfordernis, öffentliche Straßen vor solchen Einwirkungen weitgehend zu schützen, die den widmungsmäßigen Gebrauch beeinträchtigen oder gefährden können. Anhand dieser beiden Komponenten, der leistungsrechtlichen und der polizeirechtlichen, werden die unterschiedlichen Formen einer Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung in die geltende Straßenbenutzungsordnung eingestuft.

B. Begriffliches

I. Der Anlieger

Die meisten Straßengesetze der Bundesländer enthalten eine ausdrückliche Legaldefinition des Straßenanliegers.¹¹⁾ Dabei überwiegt die Formulierung, daß Straßenanlieger Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks sind, das an einer Straße liegt.¹²⁾ Eine Ausnahme bildet das Hamburgische Wegegesetz (HbgWG), das die Anliegereigenschaft neben den Grundstückseigentümern nur noch dem Erbbauberechtigten und dem Nießbraucher zuerkennt (§ 3 Abs. 1 HbgWG). Einige Landesstraßengesetze lassen den Begriff "Straßenanlieger" gänzlich vermissen.¹³⁾

11) Siehe § 17 Abs. 1 BWStrG, Art. 17 BayStrWG, § 3 Abs. 1 HambWG, § 16 Abs. 1 NStrG, § 16 Abs. 1 NRWStrG, § 39 Abs. 1 RPLStrG, § 17 SaarlStrG.

12) § 17 Abs. 1 FStrG, § 39 Abs. 1 RPLStrG, § 16 Abs. 1 NStrG, Art. 17 Abs. 1 BayStrWG.

13) So z.B. das BlnStrG, das HessStrG und das SHStrWG.

Das Bundesfernstraßengesetz (FStrG), enthält diesen Begriff zwar, ¹⁴⁾ definiert ihn aber nicht. Sofern die genannten straßenrechtlichen Vorschriften ¹⁵⁾ den Anliegerbegriff verwenden, geschieht dies im Zusammenhang mit der Änderung oder Einziehung von Straßen. ¹⁶⁾

Der Begriff des Anliegers hat keine ausschließlich straßenrechtliche Bedeutung. Unter Straßenrecht ist hierbei im wesentlichen die herkömmlicherweise als Wegerecht bezeichnete, gegenüber früher jedoch durch die Rechtsentwicklung erweiterte Rechtsmaterie zu verstehen, deren Rahmen sich nunmehr aus den Straßen- und Wegesetzen des Bundes und der Länder ergibt. ¹⁷⁾ Der Begriff des Anliegers findet sich auch in anderen, dem Straßenrecht meist verwandten Rechtsgebieten, allerdings mit unterschiedlichen Inhalten. So verstand man im früheren Anliegerbeitragsrecht, das sich zum Erschließungsbeitragsrecht fortentwickelt hat, ¹⁸⁾ unter beitragspflichtigen Anliegern lediglich die Eigentümer der an die Straße grenzenden Grundstücke.

14) § 8 a FStrG.

15) Anm. 12.

16) Siehe Anm. 12.

17) Kodal, Straßenrecht, S. 4, Salzwedel in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1976, S. 542.

18) Brügelmann-Förster, BBauG, Einf. VI, IV 1.

Dies galt auch dann, wenn nicht der Eigentümer, sondern sein Mieter oder Pächter das Grundstück bebaute. ¹⁹⁾

Einen wesentlich erweiterten Anliegerbegriff weist das Straßenverkehrsrecht auf. Die straßenverkehrsrechtlichen Bestimmungen definieren den Begriff des Anliegers zwar nicht. In Rechtssprechung und Literatur ²⁰⁾ ist aber anerkannt, daß Anlieger nicht nur der dringlich oder schuldrechtlich Berechtigte ist, sondern jeder, der auf eine gewisse Dauer zum Betreten oder Benutzen der Grundstücke befugt ist, die an einer für den Anliegerverkehr freigegebenen Straße liegen. ²¹⁾ Hierzu zählen zunächst alle Bewohner der an einer Straße liegenden Gebäude (Anwohner), ferner alle Personen, denen durch den Berechtigten das Betreten der an einer Straße liegenden Grundstücke oder solcher Grundstücke gestattet ist, die von der Straße her ihre Zufahrt haben. Grundstückseigentümer und sonstige dinglich oder obligatorisch Berechtigte (z.B. Mieter, Pächter) können somit dritten Personen die straßenverkehrsrechtliche Anliegereigenschaft durch formlose Gestattung vermitteln.

- 19) Händel, Das Anliegerbeitragsrecht, S. 28. Diese Aussage bezieht sich jedoch nur auf den Geltungsbereich des sog. "Preußischen Fluchtliniengesetzes" i.d.F. des Wohnungsgesetzes vom 28. März 1918 (GS S. 561), das im Jahre 1961 durch das BBauG abgelöst wurde.
- 20) Beschl. des BGH v. 9.7.1965, NJW 65, 1870 m. w.N., sowie Muhlhaus, StVO, § 1 Anm. 10 b und Dreews-Kuckuk-Werny, StVO, § 41 Rdnr. 19.
- 21) § 41 StVO, Zeichen 250 mit Zusatzschild "Anlieger(verkehr) frei".

Die Anlieger in diesem Sinne sind von Personen zu unterscheiden, die zum Anliegerverkehr berechtigt sind. Dieser Personenkreis ist weiter und umfaßt außer den Anliegern auch deren Besucher, mögen sie den Anliegern auch unerwünscht sein. ²²⁾

Die werbemäßige Nutzung öffentlicher Straßen stellt - mit Ausnahme der sogenannten Verkehrsmittelwerbung - ²³⁾ keine Form der aktiven Teilnahme am Straßenverkehr im Sinne einer Ortsveränderung dar. Ihr rechtlicher Standort ist nicht im Straßenverkehrsrecht, sondern in der Systematik der straßenrechtlichen Benutzungsformen von Gemeingebrauch und Sondernutzung zu suchen. Anlieger im Sinne des Straßensrechts sind die Eigentümer und Besitzer der an der Straße liegenden Grundstücke. ²⁴⁾ Diese enge Definition des Anliegerbegriffs schließt es jedoch nicht aus, daß neben Eigentümern und Besitzern der an öffentlichen Straßen gelegenen Grundstücke noch weitere Personen aufgrund ihrer rechtlichen oder wirtschaftlichen Interessenlage befugt sind, gewisse Anliegerrechte auszuüben.

22) Mühlhaus, aaO., Jagusch, Straßenverkehrsrecht, § 41 Rdnr. 248 StVO und Urt. d. OLG Frankfurt v. 13.2.1963, NJW 63, 1119 f., Urt. d. BVerwG v. 15.11.1974, NJW 75, 1528 f.

23) Siehe Anm. 40.

24) Siehe Anm. 12.

Gedacht ist hierbei beispielsweise an gewerbliche Mieter von Stockwerken eines Geschäftshauses. 25)

II. Das Anliegergrundstück

In Anlehnung an den straßenrechtlichen Anliegerbegriff sind Anliegergrundstücke solche Grundstücke, die an der Straße liegen. Es bedarf einer Erläuterung, unter welchen Voraussetzungen ein Grundstück " an einer Straße liegt ". Bei einer natürlichen Betrachtungsweise ist dies bei all den Grundstücken der Fall, die mit dem Straßengrundstück eine gemeinsame Grenze bilden, 26) sowie bei jenen Grundstücken, die von dem Straßengrundstück lediglich durch einen Wasserlauf, Graben oder Eisenbahnkörper getrennt sind. 27) Unter straßenrechtlichem Aspekt liegen an einer Straße alle Grundstücke, die von rechtlichen oder tatsächlichen Wirkungen der Öffentlichkeit einer Straße betroffen sind. Dafür ist nicht das bürgerlich-rechtliche Nachbarschaftsverhältnis zwischen Anlieger und Eigentümer des Straßengrundstücks 28) maßgeblich.

25) Zimniok, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Art. 17 Erl. 1 c zählt z.B. Inhaber eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetriebe unabhängig von deren rechtlichen Beziehung zum Grundstück zu den Straßenanliegern.

26) Angrenzende Grundstücke i.S.v. Art. 51 Abs. 4 BayStrWG.

27) Kodal, Straßenrecht, S. 448.

28) Palandt, BGB, 38. Aufl. 1979, Überbl. v. § 903 Anm. 2 d.

Ausschlaggebend ist vielmehr, daß aus der Sicht des Anliegers vorwiegend negative Wirkungen eintreten, indem Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen an dem betreffenden Grundstück entstehen. Es handelt sich dabei beispielsweise um Anbaubeschränkungen und um die Pflicht zur Duldung von Immissionen ²⁹⁾ sowie die Pflicht, Verkehrseinrichtungen anbringen zu lassen (§ 5 b Abs. 6 StVG). Sofern Grundstücke zur Straße eine Zufahrt oder einen Zugang haben, " liegen sie an einer Straße " und sind damit Anliegergrundstücke im Sinne des Straßenrechts. Da sie in den Anliegerverkehr einbezogen sind, handelt es sich auch um Anliegergrundstücke im Sinne des Straßenverkehrsrechts.

Für die werbemäßige Nutzung von Anliegergrundstücken kommen freilich regelmäßig nur solche Grundstücke in Betracht, die sich als Standort eines Werbeträgers eignen, dessen Werbebotschaft von einer öffentlichen Straße aus wahrnehmbar ist. ³⁰⁾

29) Kodal, Straßenrecht, S. 448 m. Verweisungen, Schuwerack aaO, S. 118 f.

30) Schuwerack (aaO, S. 64) stellt nur auf die Sichtbarkeit der Werbebotschaft ab und läßt dabei akustische und olfaktorische Werbevorgänge außer Acht.

III. Die Werbung

Dem Begriff der Werbung wird im allgemeinen Sprachgebrauch eine unterschiedliche Bedeutung beigelegt. Die Definition " Werbung ist eine absichtliche und zwangsfreie Form der Beeinflussung, welche die Menschen zur Erfüllung der Werbeziele veranlassen soll " ³¹⁾ erfaßt zwar alle denkbaren Erscheinungsformen der Werbung, bedarf aber hier der Einengung.

Im Zusammenhang mit der werbemäßigen Nutzung von Anliegergrundstücken sind naturgemäß in erster Linie solche Beeinflussungsformen von Interesse, die auf die Verfügung über ökonomische Güter^{ab}zielen. Diesen Bereich der Werbung bezeichnet man als Wirtschaftswerbung oder Reklame. Daneben kommen noch solche Beeinflussungsformen in Betracht, die auf die Erreichung ideeller Zwecke abstellen, insbesondere religiöser oder politischer Art. Man spricht insoweit von Propaganda. ³²⁾ Auf diese beiden zentralen Bereiche der Werbung wird die folgende Untersuchung beschränkt.

31) Behrens, Handbuch der Werbung, S. 4.

32) Ebenda, siehe auch Buchli, 6000 Jahre Werbung, S. 41, Bussmann/Droste, Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts, S. 11 f. und, Wolff-Crisolli, Das Recht der Reklame, 1929, S. XVII.

Reklame und Propaganda werden in mannigfacher Form dargeboten. Es bieten sich zahlreiche Möglichkeiten einer Klassifizierung an; z.B.

die Einteilung nach den eingesetzten Mitteln (Anzeigenwerbung, Plakatwerbung, Briefwerbung etc.) oder nach den Werbeträgern, das sind die werbeunwirksamen Bestandteile der Werbemittel (z.B. Zeitungen, Zeitschriften, Adressbücher, Anschlagstellen, Außenwände etc.).³³⁾ Eine Unterscheidung der Werbeformen nach räumlichen Gesichtspunkten liefert den Begriff der Außenwerbung, der im Zusammenhang mit einer Straßenbenutzung durch Werbung naturgemäß in den Mittelpunkt rückt.

IV. Die Außenwerbung

Das geschriebene Recht enthält keine Definition der Außenwerbung. Dies ist eine Folge der Tatsache, daß das Recht der Außenwerbung bisher nicht als selbständige Rechtsmaterie kodifiziert wurde. Es finden sich lediglich in den Landesbauordnungen nahezu gleichlautende Vorschriften über die Außenwerbung. Danach sind Anlagen der Außenwerbung " alle örtlich gebundenen Einrichtungen, die der Ankündigung oder Anpreisung oder als Hinweis auf Gewerbe oder Beruf dienen und vom öffentlichen Verkehrsraum aus sichtbar sind. " ³⁴⁾

33) Ausführlich hierzu Behrens, aaO, S. 5 ff., Mataja, Die Reklame, S. 38 ff. und Peltzer, Handbuch, Bd. I Werbung, S. 855, 872.

34) Siehe z.B.: § 17 BWLBO, Art. 12 BayBO, § 49 NBO, § 15 NWBO, § 56 RPLBO, § 15 SaarlBO, § 15 SHLBO.

Diese Definition aus dem Bauordnungsrecht ist für eine straßenrechtliche Reglementierung der Außenwerbung nicht brauchbar, da sie nicht funktions-, sondern fachbezogen ist. Das Straßenrecht hat im Hinblick auf die Außenwerbung Regelungsfunktion. Es ist daher ein Funktionsbegriff der Außenwerbung zu bestimmen, der alle jene Werbevorgänge erfaßt, die im Hinblick auf eine öffentlich-rechtliche Straßenbenutzungsordnung straßen- oder sicherheitsrechtlich relevant werden können. ³⁵⁾

Zur Außenwerbung gehört diejenige Werbung im oben genannten Sinne, die im Freien, d.h. außerhalb geschlossener Räume stattfindet (out door advertising). ³⁶⁾ Hinzu kommen solche Werbevorgänge, bei denen der Werbeträger sich zwar innerhalb geschlossener Räume befindet, die Werbebotschaft aber bewußt so ausgestrahlt wird, daß sie ins Freie dringt, und dort den Umworbenen zu erreichen. Gedacht ist hierbei z.B. an die Werbung für Möbel oder PKW in Verkaufsräumen, die bewußt so gestaltet sind, daß sie von außen her eingesehen werden können. Den bisher genannten Werbevorgängen ist gemeinsam, daß sie außerhalb geschlossener Räume wahrnehmbar sind.

35) In diesem Sinne auch Schuwerack, aaO, S. 64 f., der insoweit von "Außenwerbung im engsten Sinne" spricht.

36) Kropff, Wörterbuch der Werbung, S. 220 und Bussmann/Droste aaO, S. 79.

Diese Feststellung reicht aber für die Bestimmung des Begriffs Außenwerbung nicht aus, denn es sind werbemäßige Vorgänge denkbar, die nur zufällig im Freien wahrnehmbar sind, wie z.B. eine Werbesendung im Rundfunk, die durch ein geöffnetes Fenster ins Freie dringt.

Somit ist festzuhalten, daß die Wahrnehmbarkeit außerhalb geschlossener Räume nur ein Hauptmerkmal der Außenwerbung darstellt, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Werbebotschaft außerdem auch innerhalb geschlossener Räume wahrnehmbar ist. Letzteres ist beispielsweise bei einer mobilen Lautsprecherwerbung der Fall, die von einem Kraftfahrzeug aus betrieben wird. Das zweite Merkmal der Außenwerbung besteht darin, daß die Werbebotschaft nach dem Willen des Werbungstreibenden - zumindest auch - Menschen erreichen soll, die sich außerhalb geschlossener Räume aufhalten.

V. Die Anliegerwerbung

Die werbemäßige Nutzung von Anliegergrundstücken stellt sich nach außen hin als ein einheitlicher Vorgang dar. Da für einen objektiven Beobachter nicht ohne weiteres erkennbar ist, wer im konkreten Fall Werbungstreibender ist, erscheint eine Unterscheidung hinsichtlich des werbungstreibenden Personenkreises, nämlich zwischen Anliegern und solchen Personen, die keine Anliegereigenschaft besitzen, für eine Begriffsbestimmung im Rahmen dieser Untersuchung nicht erforderlich. Anlieger-

werbung ist die Außenwerbung, die auf Anliegergrundstücken und von Anliegergrundstücken aus betrieben wird. Sie umfaßt folgende Arten der Außenwerbung:

1. Die Werbung des Straßenanliegers

Zur Anliegerwerbung zählt die Außenwerbung der Straßenanlieger unter Ausnutzung der Anliegereigenschaft. Diese Werbemöglichkeit ergibt sich in tatsächlicher Hinsicht aus der räumlichen Nähe des Anliegergrundstücks zur öffentlichen Straße. Sie entspringt dem Bedürfnis von Straßenanliegern, die Straßenbenutzer auf ihr Unternehmen, ihre Dienstleistungen oder Erzeugnisse aufmerksam zu machen. Es handelt sich dabei um Außenwerbung, die an der Stätte der Leistung " für den Anlieger ", d.h. für dessen Unternehmen, Dienstleistungen oder Erzeugnisse erfolgt. Der Begriff " Stätte der Leistung " erfaßt hierbei sowohl die Stätte der Herstellung einer Ware als auch die Stätte ihres Vertriebes. ³⁷⁾ Der jeweilige Werbeträger kann sich auf dem Anliegergrundstück befinden oder - wenn das Grundstück bebaut ist - so an diesem Bauwerk befestigt sein, daß er in den Luftraum über der Straße hineinragt. Werbeanlagen, die in unmittelbarer Nähe des Anliegergrundstücks auf dem Straßengrund stehen, zählen ebenfalls zur Anliegerwerbung.

37) Schmidt-Tophoff, Das Recht der Außenwerbung, S. 85 ff. - 87 f., s. hierzu auch Groebe, BayVBl. 56, 267 ff.

Dies gilt aber nur, wenn nach außen hin erkennbar ist, daß zwischen dem Anliegergrundstück und der Werbung auf dem Straßengrund ein organisatorischer oder wirtschaftlicher Zusammenhang besteht.³⁸⁾ In den zuletzt genannten beiden Fällen spricht man zweckmäßigerweise von einer Außenwerbung von Anliegergrundstücken aus.

2. Die Fremdwerbung

Unter Fremdwerbung ist diejenige Außenwerbung zu verstehen, die Personen oder Unternehmen, die selbst keine Anlieger sind, in der Weise wie ein Anlieger auf dem Anliegergrundstück für sich oder Dritte betreiben. Wird das Anliegergrundstück bzw. ein darauf befindliches Bauwerk lediglich dazu benutzt, um den Werbeträger zu befestigen, während dieser in den Straßenraum hineinragt, so ist dieser Vorgang als Fremdwerbung von Anliegergrundstücken aus zu bezeichnen. Gleiches gilt für Werbeanlagen, die auf dem Straßengrund aufgestellt sind, sofern der oben erwähnte organisatorische oder wirtschaftliche Zusammenhang mit dem Anliegergrundstück nach außen erkennbar ist. Für die Abgrenzung der Werbung des Straßenanliegers von der Fremdwerbung kommt es nicht darauf an, ob die Fremdwerbung im Eigeninteresse des Werbenden oder für Dritte erfolgt.

38) Hierbei ist z.B. an einen mit einer Werbeaufschrift versehenen Fahrradständer gedacht, der auf dem Gehsteig vor einem Ladengeschäft aufgestellt wird und für dieses Geschäft wirbt.

Ebensowenig spielt die Rechtsbeziehung zwischen dem Straßenanlieger und dem Fremdwerber eine Rolle. Die Werbung des Straßenanliegers ist Werbung " für sich ". Ist dieser Tatbestand nicht erfüllt, so liegt Fremdwerbung vor. Dies gilt unabhängig davon, ob die Werbemöglichkeit vertraglich eingeräumt oder durch bloßes Dulden eröffnet wurde.

3. Mittelbare Fremdwerbung

Eine Mischform zwischen der Werbung des Straßenanliegers und der Fremdwerbung stellt die mittelbare Fremdwerbung dar. Sie tritt in der Weise auf, daß auf ein und demselben Werbeträger zugleich für den Straßenanlieger und für andere geworben wird. Dies geschieht einmal dadurch, daß der Werbeträger zugleich Werbeaussagen für den Anlieger und für andere macht. Eine andere Form der mittelbaren Fremdwerbung besteht darin, daß mittels einer Werbung für Erzeugnisse anderer zugleich in der Weise für den Anlieger geworben wird, daß mit der Werbung auf das Unternehmen des Anliegers und die Art der angebotenen Waren aufmerksam gemacht wird. 39)

- 39) Diese Werbeform ist z.B. bei der Außenwerbung kleinerer Warengeschäfte und Gaststätten weit verbreitet. Das Bundesverwaltungsgericht bezeichnet derartige Werbeformen als " gemischte Werbeanlage " (Urt. d. BVerwG v. 24.2.1978, DVBl. 79, 74 f.).

VI. Die Abgrenzung der Anliegerwerbung von der
übrigen Außenwerbung

Der soeben ermittelte Begriff der Anliegerwerbung schließt weite Bereiche der Außenwerbung ein. Jedoch gehören folgende Teilbereiche der Außenwerbung nicht dazu:

- (1) Die Werbung in und an öffentlichen Verkehrsmitteln und Privatfahrzeugen (Verkehrsmittelwerbung). ⁴⁰⁾
- (2) Die Werbung an den von der öffentlichen Hand zur Verfügung gestellten Anschlagstellen. ⁴¹⁾
- (3) Die Werbung im Luftraum durch Himmelschreiber, Spruchbänder und Aufschriften an Flugzeugen, Fesselballonen und sonstigen Luftfahrzeugen.
- (4) Die Werbung im Freien innerhalb von Sportstätten und ähnlichen Anlagen.

C. Erscheinungsformen der Anliegerwerbung

Die Anliegerwerbung tritt in zahlreichen Erscheinungsformen auf.

- 40) Siehe zu diesem Begriff Schmidt-Tophoff, Das Recht der Außenwerbung, S. 17 und Roellecke, Gesetzgebung und Außenwerbung S. 25.
- 41) Ausführlich hierzu Bartlsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 20 ff.

Nach der Wahrnehmbarkeit durch den Straßenbenutzer ergibt sich folgende Einteilung:

I. Visuelle Werbung

Der sogenannten visuellen Werbung, die auf die Wahrnehmbarkeit mit dem menschlichen Auge ausgerichtet ist, kommt eine überragende Bedeutung zu. Vor allem in Großstädten prägt sie weitgehend das Bild ganzer Straßenzüge, insbesondere im Bereich von sogenannten verkehrsberuhigten Zonen (Fußgängerzonen) und Einkaufsstraßen. Die visuelle Anliegerwerbung bedient sich unterschiedlicher Werbemittel:

1. Leucht- und Lichtwerbung

In Deutschland gibt es die Leucht- und Lichtwerbung erst seit der Neujahrsnacht des Jahres 1900. Damals erstrahlte an der Fassade des "Wintergartens" in Berlin die erste Leuchtwerbung mit Glühlampen. ⁴²⁾ Sie hat seither wie kaum ein anderes Mittel der Außenwerbung an Bedeutung gewonnen. Das gilt insbesondere seit der Verwendung von Neonlampenanlagen zu Werbezwecken, wie dies erstmalig in Berlin im Jahre 1920 geschah. ⁴³⁾ Bei der Werbung mittels Licht unterscheidet man im technischen Sinn zwischen der Leuchtwerbung und der Lichtwerbung. ⁴⁴⁾ Hierfür ist die Einwirkung auf den Umworbenen und die Art der Lichtquelle maßgeblich.

42) Kopsch, Außenwerbung, in Behrens, Handbuch der Werbung, S. 609.

43) Kopsch, aaO.

44) Peltzer, aaO, S. 461.

Gemeinsam ist beiden Werbemitteln, daß sie vorwiegend zur Nachtzeit wirken sollen. ⁴⁵⁾ Die Leuchtwerbung ist auf mittelbare und nahe Einwirkung eingestellt. Bei ihr sind die Flächen und Buchstaben leuchtend transparent; die Anlagen sollen auch tagsüber wirken. Als Lichtquelle dienen Lichtspiegel, Neonröhren, sowie Reflektoren. Die Lichtwerbung hingegen läßt das Licht unmittelbar und intensiv auf den Betrachter wirken, so daß zugleich eine hohe Fernwirkung erzielt wird. Diese kann durch bunte Leuchteffekte, Blink- und Wechsellicht sowie laufende Schriftwerbung noch verstärkt werden. Die überwiegende Mehrzahl solcher Lichtwerbeanlagen bewegt sich in einer Größenordnung zwischen ca. 20 bis ca. 300 Zentimeter, wobei eine Fernwirkung zwischen 15 und 1.000 Meter und darüber erzielt wird. ⁴⁶⁾

Träger der Licht- und Leuchtwerbung sind Leuchtbuchstaben, Leuchtlinien und Leuchtbilder, die meist an Dächern, Fassaden und Giebeln von Gebäuden angebracht sind und mitunter auch in den Luftraum über dem Straßenkörper hineinragen. Die Anliegerwerbung mittels Licht ist eine Hauptform der sog. Dauerwerbung, worunter man diejenige ortsgebundene Außenwerbung versteht, die für längere Zeit an einem festen Standort verbleibt. ⁴⁷⁾

45) Kopsch, aaO, S. 610, Hellweg, Die Außenwerbung in Stadt und Land, S. 225 und Peltzer, aaO, S. 464.

46) Peltzer, aaO, S. 464 und Kopsch, aaO, S. 609.

47) Kopsch, aaO, S. 599.

2. Sonstige visuelle Dauerwerbung

a) Flach- und Nasenschilder

Wesentlich älter als die Dauerwerbung mit beleuchteten Werbeträgern ist die Anliegerwerbung mit unbeleuchteten, flach, horizontal oder vertikal auf Hauswände montierten Schildern (Flachschildern) und senkrecht zur Gebäudewand montierten, mitunter in den Straßenraum hineinragenden Schildern (Nasen- oder Fahnenschildern). Flach- und Nasenschilder stellen die wohl älteste Form der Außenwerbung dar und waren bereits in der Antike ein beliebtes und häufig eingesetztes Werbemittel. 48) Diese Art der Werbung hat sich bis in die Gegenwart erhalten, wenngleich die bisher hierfür verwendeten überkommenen Materialien wie Holz und Metall in zunehmendem Maße von modernen Kunststoffen verdrängt werden. Der Anliegerwerbung mittels Flach- und Nasenschildern fehlt die intensive Fernwirkung der Lichtwerbung. Neben ihrer Werbefunktion bilden sie hauptsächlich tagsüber für den Straßenbenutzer wertvolle Orientierungshilfen bei der Auffindung spezieller Betriebe, wie z.B. Gaststätten, Apotheken und dergleichen.

48) Buchli, aaO, S. 72 ff., Schindler, Monographie des Plakats, 1972, S. 20.

b) Dachwerbung, Bemalung und Beschriftung
von Fassaden

Werbeanlagen an Gebäuden und auf deren Dächern, die nicht bereits der Licht- oder Leuchtwerbung unterfallen, werden zunehmend seltener. Dies gilt insbesondere für die Dachbemalung als Erscheinungsform der Anliegerwerbung. Ihr kommt lediglich auf freier Strecke eine begrenzte Bedeutung zu, da sie meist nur aus größerer Entfernung wahrnehmbar ist. Hingegen konnte die Bemalung und Beschriftung von Fassaden und Giebeln zu Werbezwecken ⁴⁹⁾ von der Licht- bzw. Leuchtwerbung nicht in diesem Umfang verdrängt werden, wie es bei der Dachwerbung der Fall ist. Die Wirkung solcher Werbevorgänge auf den Straßenbenutzer ist sehr unterschiedlich zu beurteilen und hängt von der konkreten Gestaltung des Werbeträgers ab. Eine räumliche Inanspruchnahme der Straße durch derartige Werbemaßnahmen kommt nicht in Betracht.

c) Schaufenster und Schaukästen

Schaufenster und Schaukästen unterscheiden sich dadurch, daß nur erstere von einem dahinterliegenden Geschäft aus zugänglich sind. ⁵⁰⁾

49) Zu den einzelnen Arten der stationären Dauerwerbung siehe bei Kopsch, Außenwerbung, in Behrens, Hdb. d. Werbung, S. 600.

50) Peltzer, aaO, S. 654 f.

Da sowohl die Dekoration von Schaufenster- und Schaukastenauslagen sowie die Beschriftung und Bemalung der Schaufenster- und Schaukastenscheiben in der Regel häufig verändert werden, gehört diese Art der Werbung systematisch zur Randzone der Dauerwerbung. Nach der hier zugrunde gelegten Definition der Außenwerbung ⁵¹⁾ gehören Schaufenster und Schaukästen zur Anliegerwerbung. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie in den Straßenraum hineinragen. ⁵²⁾

d) Visuelle Gehsteigwerbung

Die Werbung auf dem Gehsteig vor Anliegergrundstücken mittels Beschriftung und Bemalung sowie durch Aufstellung von Werbeträger, wie beispielsweise Fahrradständern, oder auch durch Ausstellung von Waren, ist eine weitere Form der Anliegerwerbung. Auch wenn die Werbevorgänge nicht auf dem Anliegergrundstück selbst stattfinden, erscheint die Zurechnung zur Anliegerwerbung dadurch gerechtfertigt, daß diese Art der Werbung in Verbindung mit dem auf dem Anliegergrundstück befindlichen Geschäft betrieben wird und somit gleichsam von diesem aus erfolgt.

51) Siehe oben, B.IV. (S. 8 ff.).

52) In diesem Sinne hinsichtlich der Schaukästen Schmidt-Tophoff, Das Recht der Außenwerbung, S. 15, a.A.: Kopsch, aaO, S. 587.

3. Plakatanschlag

Der Plakat- oder Bogenanschlag ist die typische Form der kurzfristigen Außenwerbung. Der geordnete Plakatanschlag in der uns bekannten Art und Weise erlebte in Deutschland seine Geburtsstunde am 1. Juli 1855, als der Berliner Verleger und Druckereibesitzer Ernst Litfaß auf Grund einer Polizeiverordnung vom 18. Juni 1855 des damals königlich-preußischen Polizeipräsidenten von Hinckeldey das " Institut der Anschlag-Säulen " mit zunächst 150 Anschlag-säulen der öffentlichen Benutzung übergab. Während bis zu diesem Zeitpunkt der sog. Wildanschlag an Mauern, Toren, Zäunen und Bäumen blühte, wurde der öffentliche Anschlag durch die Konzeption von Litfaß zunächst für den Polizeibezirk Berlins in geordnete Bahnen gelenkt. Die auf §§ 6 und 11 des Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 gestützte Verordnung ⁵³⁾ verbot den Anschlag oder die anderweitige Befestigung öffentlicher Anzeigen auf öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen an anderen Stellen als den von Litfaß hierfür eigens errichteten Anschlagsäulen. ⁵⁴⁾ Beachtenswert ist jedoch, daß bereits damals die Grundstückseigentümer und -besitzer - also die Straßenanlieger - die Befugnis besaßen, " an ihren Grundstücken und gemietheten Localen für das Publicum bestimmte, und auf ihr eigenes Privatinteresse bezügliche Anzeigen anzuschlagen oder zu befestigen. " ⁵⁵⁾

53) Abgedruckt bei Rehbein-Reincke, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, IV. Band, S. 776 ff.

54) Bartlsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 50 ff.

55) § 1 Satz 2 der in Anm. 51 genannten Verordnung.

Diese besondere Erscheinungsform des Plakatanschlags auf Anliegergrundstücken hat sich bis in die Gegenwart erhalten. Hinzu kommt noch die Fremdwerbung auf Anliegergrundstücken mittels Plakatanschlag als weitere Erscheinungsform der Anliegerwerbung.

II. Akustische Werbung

Unter akustischer Werbung versteht man die Werbung, die auf die Wahrnehmbarkeit mit dem menschlichen Ohr abstellt. Sie spielt im Bereich der Anliegerwerbung nur eine untergeordnete Rolle und kommt lediglich in zwei Erscheinungsformen vor.

1. Rhetorische Werbung

Die rhetorische Werbung wendet sich unter Einsatz der menschlichen Sprache an den Umworbenen. Dies geschieht vielfach mittels Verwendung von technischen Hilfsmitteln wie Megaphonen und Lautsprechern. Auf diese Weise informieren vor allem Supermärkte ihre Besucher über Angebote und zwar auch außerhalb der Verkaufsräume. Rhetorische Werbung als Anliegerwerbung in der Form der Ausschreieung und der Anpreisung von Waren an der Stätte der Leistung ⁵⁶⁾ oder auf dem Gehsteig davor, ist nur mehr vereinzelt - und dann meist im Zusammenhang mit Werbevorfürungen - anzutreffen.

56) Anm. 27.

2. Musikwerbung

Der Musikwerbung im Bereich der Anliegerwerbung bedienen sich ebenfalls häufig Supermarktbetriebe und zwar meist kombiniert mit der soeben besprochenen rhetorischen Werbung. Die Besonderheit der Musikwerbung besteht darin, daß sie eine eigene Werbebotschaft zumeist nicht beinhaltet, sondern lediglich die Aufmerksamkeit des Umworbenen auf sich ziehen will, um ihn für eine andere Werbetätigkeit zu gewinnen.

III. Sonstige Arten der Anliegerwerbung

1. Olfaktorische (auf den Geruchssinn wirkende) Werbung

Der gezielte Einsatz von Gerüchen zur Erreichung eines bestimmten Verhaltens auf seiten des Umworbenen dürfte im Bereich der Anliegerwerbung kaum einmal von Bedeutung sein und ist hier nur der Vollständigkeit halber zu erwähnen. Hierbei handelt es sich durchwegs um unbeabsichtigte - wenn auch nicht unerwünschte - Emissionen bestimmter Gewerbebetriebe, wie beispielsweise von Gaststätten, Parfümerien, Fischgeschäften usw., deren Werbewirkung für den betreffenden Betrieb allerdings zweifelhaft erscheint, mitunter auch negativ zu beurteilen sein dürfte.

2. Straßen- und Automatenverkauf

Der Straßenverkauf, d.h. die Abgabe von Waren aus Verkaufsstellen, die sich auf dem Gehsteig

befinden und mit dem Anliegerbetrieb organisatorisch und wirtschaftlich verbunden sind, oder aus zum Gehsteig gerichteten Verkaufsschaltern bzw. die Feilhaltung von Waren in Automaten, die von der Straße aus zugänglich sind, müssen unter wirtschaftlichem Aspekt zunächst als besondere Form des "Dienstes am Kunden" eingeordnet werden. Eine "indirekte" Werbewirkung für den Betrieb des Straßenanliegers üben Straßen- und Automatenverkauf insofern aus, als sie - unabhängig von zusätzlichen Werbemaßnahmen wie Aufschriften und Bemalungen - auf diesen Betrieb durch ihre Existenz hinweisen. Der Straßenbenutzer geht nämlich üblicherweise davon aus, daß sich in unmittelbarer Nähe von Straßen- und Automatenverkaufsstellen Geschäfte befinden, die derartige Waren führen. Dieser Umstand vermag die Aufnahme von Straßen- und Automatenverkauf in den Katalog möglicher Erscheinungsformen der Anliegerwerbung zu rechtfertigen.

D. Anknüpfungspunkte der Reglementierung der Anlieger-
werbung

Wie dargelegt, ⁵⁷⁾ gibt es derzeit keine eigenständige Kodifikation des Rechts der Außenwerbung. Daher unterliegt auch derjenige Teil der Außenwerbung, der oben als Anliegerwerbung bezeichnet wurde, keinem speziellen Außenwerberecht.

57) Siehe oben A.

Rechtliche Regelungen, die die Außenwerbung betreffen, finden sich in verschiedenen Rechtsgebieten verstreut. Diese reglementieren bestimmte Vorgänge zumeist im Rahmen einer engen Fachbezogenheit.⁵⁸⁾ Eine Hervorhebung verdienen insoweit nur das Baurecht, das Straßenrecht und das Straßenverkehrsrecht. Daher sind im folgenden die rechtlichen Anknüpfungspunkte der Außenwerbung dort aufzufinden und ihre Aussagen bezüglich einer Reglementierung der Außenwerbung, insbesondere der Anliegerwerbung, zu untersuchen.

I. Das Baurecht

Im Rahmen seiner Zielsetzung, eine geordnete städtebauliche Entwicklung zu gewährleisten, verfolgt das Baurecht auch baugestalterische Zwecke unter dem Gesichtspunkt der Verunstaltungsabwehr. Diese Aufgabe des Baurechts wird gleichsam in Erweiterung der bauüberwachungsrechtlichen Befugnisse zur Gefahrenabwehr von den Bauordnungsbehörden wahrgenommen. Das Baurecht bietet damit eine rechtliche Grundlage für die Abwehr verunstaltender Außenwerbung. Darüber hinaus wird eine Verbindung zwischen der Außenwerbung und dem Baurecht dadurch hergestellt, daß die werbeunwirksamen Werbemittel, die sogenannten Werbeträger, regelmäßig als bauliche Anlagen einzustufen sind und damit vom Baurecht erfaßt werden.

58) Siehe § 15 des von der Musterbauordnungskommission erarbeiteten, im Oktober 1959 verabschiedeten Entwurfs einer Musterbauordnung (MBO). Die MBO hat den Ländern als Grundlage für ihre neuen Bauordnungen gedient (vgl. Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Bd. 16 u. 17). Siehe auch § 33 StVO, ferner § 12 BNatSchG i.V.m. den Ausfüllungsvorschriften der Länder sowie Art. 1, 4, 6, BayDSchG und § 20 BWNatSchG.

Bauliche Anlagen (der Außenwerbung) sind einer Reglementierung sowohl unter bauplanungs- als auch unter bauordnungsrechtlichen Gesichtspunkten zugänglich.

1. Bauplanungsrecht

Das Bauplanungsrecht gehört kompetenzrechtlich zum Bodenrecht.⁵⁹⁾ Es enthält in seinem wichtigsten Gesetz, dem Bundesbaugesetz (BBauG), ausdrücklich keine Vorschriften über die Außenwerbung. In Literatur⁶⁰⁾ und Rechtsprechung⁶¹⁾ wird jedoch derzeit überwiegend die Auffassung vertreten, daß Anlagen der Außenwerbung unter den Begriff des "Vorhabens" im Sinne des BBauG fallen, sofern es sich um Maßnahmen handelt, die die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung baulicher Anlagen betreffen und der bauaufsichtlichen Genehmigung nach den Vorschriften des Bauordnungsrechts bedürfen (§ 29 BBauG).

59) Siehe Art. 74 Nr. 18 GG und Gutachten des BVerfG v. 16.6.1954, BVerfGE 3, 607 ff. - 424.

60) V.d. Heide, Der Städtetag 10 (1968) S. 515, Dyong, Der Landkreis, 1971, S. 87, a.A.: Schmidt-Tophoff, DVBl. 68, 490 ff. - 491.

61) Urt. d. OVG Berlin v. 2.2.1968, abgedruckt in Rechtsprechungssammlung der Gesellschaft für Ordnung in der Außenwerbung (GOA), 6. Folge, S. 4.

Einer Reglementierung durch das Recht der Bauplanung sind Anlagen der Außenwerbung aber nur insoweit unterworfen, als es sich dabei um bauliche Anlagen im Sinne des BBauG handelt. ⁶²⁾ Die Begriffsdefinitionen über bauliche Anlagen in den Landesbauordnungen können für die Beurteilung dieser Frage nicht ausschlaggebend sein, da das Bauordnungsrecht als besonderes Sicherheitsrecht (Baupolizei) vornehmlich der Abwehr von Gefahren und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dient, während die Regelungen in §§ 29 ff. BBauG vorwiegend städtebauliche und planerische Ziele verfolgen. Freilich ist nicht zu verkennen, daß das Bauplanungsrecht und das Bauordnungsrecht miteinander verzahnt sind. Die §§ 29 ff. BBauG kommen nämlich nur dann zum Zuge, wenn die planungsrechtlich relevante Anlage (der Außenwerbung) einer bauaufsichtlichen Genehmigung oder Zustimmung bedarf oder wenn sie anzeigenschuldig ist. ⁶³⁾

Es ist daher klarzustellen, ob Anlagen der Außenwerbung bei planungsrechtlicher Beurteilung als bauliche Anlagen anzusehen sind. Dies ist für freistehende Werbeanlagen, wie Werbetafeln, Schaukästen, Anschlagsäulen, Masten für Werbefahnen etc. bedenkenlos zu bejahen. ⁶⁴⁾

62) V.d.Heide, aaO, S. 516.

63) Dyong, aaO, S. 87.

64) Zinkahn in: Ernst-Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 29 Rdnr. 7, Schrödter, BBauG, § 29 Rdnr. 2 c, Dyong, aaO, S. 87, v.d. Heide, aaO, S. 516, Brügelmann-Grauvogel, BBauG, § 29 Bem. 1 c.

Umstritten ist dagegen die Frage, ob dies auch für Werbeanlagen gilt, die an Bauten angebracht sind. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat Werbeschilder an der Hauswand zunächst nicht als bauliche Anlagen im Sinne des § 29 BBauG angesehen. ⁶⁵⁾ Es hat aber diese Auffassung in einer nachfolgenden Entscheidung eingeschränkt. ⁶⁶⁾ Einige Oberverwaltungsgerichte sind dieser neueren Rechtssprechung des BVerwG gefolgt. ⁶⁷⁾ Die gegenwärtig maßgebliche Auffassung zählt daher nahezu alle Werbeanlagen zu den baulichen Anlagen i.S.v. § 29 BBauG. ⁶⁸⁾

65) Beschl. d. BVerwG v. 29.4.1964, DöV 65, 343 ff.

66) Urt. d. BVerwG v. 16.2.1968, DVBl. 68, 507 ff.; das BVerwG führt aaO aus, daß bei Heranziehung der mit § 29 BBauG verfolgten städtebaulichen Zwecke in besonderen Fällen eine andere Beurteilung denkbar wäre.

67) Siehe die Nachweise bei Dyong, aaO, S. 87.

68) Zinkahn, aaO, § 29 Rdnr. 9, Grauvogel, aaO, § 29 Bem. 1 c.

Eine Ausnahme hiervon bilden Beschriftungen und Bemalungen von Bauwerken, weil hier alle Merkmale fehlen, die nach der Verkehrsauffassung bei baulichen Anlagen vorliegen müssen. 69)

Eine zusätzliche bauplanungsrechtliche Reglementierung von Anlagen der Außenwerbung gestatten die Festsetzungen bezüglich baulicher Anlagen in Bebauungsplänen (§ 9 Abs. 1 BBauG).

- 69) Solche Werbeeinrichtungen könnten in Baugebieten aber durch den Begriff der Nebenanlagen des § 14 Baunutzungsverordnung (BauNVO) erfaßt werden. § 14 BauNVO ergänzt - wie alle Vorschriften der BauNVO - das BBauG und bezieht sich auf Nebenanlagen und Einrichtungen, die dem Nutzungszweck der in dem Baugebiet gelegenen Grundstücke oder des Baugebiets selbst dienen und die seiner Eigenart nicht widersprechen. Werbeaufschriften und Bemalungen an Bauwerken sind nicht geeignet, dem Nutzungszweck eines Baugebiets zu dienen. Sie können allenfalls dem Nutzungszweck von Grundstücken dienen, die in dem Baugebiet liegen. Dies trifft aber auch nur dann zu, wenn es sich um Eigenwerbung oder mittelbare Fremdwerbung von Straßenanliegern an der Stätte der Leistung handelt. Fremdwerbung in der Form der Beschriftung und Bemalung von Bauwerken wird daher vom § 14 BauNVO nicht erfaßt.

Nach der derzeit wohl überwiegenden Meinung ⁷⁰⁾ ist es auch zulässig, werbemäßige Beschriftungen und Bemalungen von Bauwerken im Rahmen der Festsetzungen von Art und Maß der baulichen Nutzung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 BBauG) zu regeln.

Somit ist festzuhalten, daß nahezu die gesamte Anliegerwerbung bauplanungsrechtlich erfaßbar ist. Eine Ausnahme hiervon bildet die Werbung in und auf Schaufenstern und Schaukästen. Sie ist einer bauplanungsrechtlichen Reglementierung nicht zugänglich.

2. Bauordnungsrecht

Auf Grund der gesetzgeberischen Zielsetzung des Bauplanungsrechts bleiben bei bauplanungsrechtlicher Beurteilung von Anlagen der Außenwerbung Gesichtspunkte der Baugestaltung weitgehend und solche der Gefahrenabwehr völlig unberücksichtigt. Regelungen unter diesen Gesichtspunkten weisen sämtliche Landesbauordnungen auf. Diese enthalten zugleich auch Ermächtigungsnormen für ergänzende Ortsvorschriften. ⁷¹⁾

70) Dyong, aaO, S. 88, Biehlenberg, aaO, BauNVO § 14 Rdnr. 13, v.d.Heide, aaO, S 516; a.A.: Evers, DVBl. 68, 1 ff. und Schmidt-Tophoff, DVBl. 68, 490 ff. - 491.

71) Vgl. § 15 des im Oktober 1959 verabschiedeten Entwurfs einer Musterbauordnung (MBO), der den Ländern als Grundlage für ihre Bauordnungen gedient hat (in: Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Bd. 16 u. 17), zur Rechtslage vor Erlass der einschlägigen Regelungen in den Landesbauordnungen, siehe Jung, DVBl. 61, 265 ff.; Beispiele für landesrechtliche Ermächtigungen zum Erlass ergänzender Ortsvorschriften: Art. 107 Abs. 1 Nr. 12 BayBO, § 103 Abs. 1 Nr. 12 NRWBO; siehe hierzu auch Schneider, Betrieb 66, 969 ff. und Gaentzsch, Die Bauverwaltung, 8 (1973) 410 ff.

Die meisten Anlagen der Außenwerbung unterfallen ohnehin dem Begriff "bauliche Anlage" bzw. "Bestandteil" oder "Zubehör baulicher Anlagen" und unterliegen deshalb dem Bauordnungsrecht. Die Landesgesetzgeber haben auch Anlagen der Außenwerbung in die bauordnungsrechtliche Reglementierung einbezogen, die keine baulichen Anlagen sind, wie beispielsweise Beschriftung, Beklebung und Bemalung von Fassaden, Schaufenstern und Schaukästen. ⁷²⁾ Diese Regelungen sollen Verunstaltungen des Orts- und Landschaftsbildes verhindern und Gefahren für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs abwenden, die von Anlagen der Außenwerbung ausgehen können. Gleichwohl verbleiben noch Werbevorgänge, die von den bauordnungsrechtlichen Regelungen der Länder entweder nicht erfaßt werden oder nach dem Wortlaut der Gesetze von einer Regelung ausdrücklich ausgenommen sind. Es handelt sich dabei im wesentlichen um die Anschlagwerbung an dafür genehmigten Säulen, Tafeln oder Flächen, um Auslagen und Dekorationen in Schaufenstern und Schaukästen und um die Werbung für Zeitungen und Zeitschriften an deren Verkaufsstellen. ⁷³⁾

72) In der Rechtsprechung werden neuerdings auch Flachschilder nicht mehr zu den baulichen Anlagen gezählt, so z.B. BayVGh, Urt. v. 6.4.1979 (BayVB1. 80, 21). Zur Plakatwerbung an Schaufenstern siehe auch Funk, BayVB1. 79, 358 ff.

73) Siehe z.B. Art. 12 Abs. 5 BayBO, § 17 Abs. 5 BWLBauO, § 15 Abs. 6 NRWLBauO, § 15 Abs. 6 HessBO.

Das Baurecht regelt damit weite Bereiche der Außenwerbung, insbesondere auch der Anliegerwerbung. Die Regelung erfolgt sowohl unter baurechtlichen, d.h. bauplanerischen und bauordnungsrechtlichen als auch unter baugestalterischen Gesichtspunkten. Soweit sich im Bauordnungsrecht der Länder Vorschriften bezüglich der Außenwerbung finden, die der Abwehr solcher Gefahren dienen, die der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs von außen her drohen, ⁷⁴⁾ so gehören diese Vorschriften materiell weder zum Straßenverkehrsrecht noch zum Straßenrecht. Eine straßenrechtliche Regelung liegt nicht vor, weil es sich offenbar nicht um die Regelung der Rechtsverhältnisse an öffentlichen Straßen handelt, wie z.B. deren Bau, Unterhaltung oder Benutzung. Die Landesgesetzgeber regeln damit aber auch nicht einen dem Bundesgesetzgeber vorbehaltenen verkehrsrechtlichen Gegenstand oder ein bestimmtes Verhalten von Verkehrsteilnehmern. Die Regelungen sollen lediglich verhindern, daß die Bauaufsichtsbehörden nicht Werbeanlagen zulassen, die der bundesrechtlichen Verkehrsregelung widersprechen. ⁷⁵⁾

74) Siehe Anm. 69.

75) Mang-Simon, BayBO, Art. 12 Rdnr. 30, Urt. d. BayVGh v. 5.2.1970, BayVBl. 70, 366.

II. Das Straßenrecht und das Straßenverkehrsrecht

Die vom Wortlaut her bestehende Verwandtschaft zwischen Straßen- und Straßenverkehrsrecht läßt es erforderlich erscheinen, diese beiden Rechtsgebiete voneinander abzugrenzen, bevor sie im Hinblick auf ihre derzeitige Verwendung und Eignung als rechtlicher Anknüpfungspunkt für eine Regelung der Außenwerbung untersucht werden. Straßenrecht und Straßenverkehrsrecht haben sich trotz einer gemeinsamen Herkunft im Laufe der Zeit zu zwei getrennten Rechtsgebieten entwickelt.⁷⁶⁾ Eine Aufspaltung gibt es schon von alters her, wenngleich sie früher nicht so deutlich hervortrat. Das Straßenrecht ist die ältere Rechtsmaterie. Das Straßenverkehrsrecht hat sich erst im Zuge der Entwicklung des modernen Verkehrs als eigenständiges Rechtsgebiet herausgebildet. Sein Ursprung liegt in der "Verkehrspolizei", einem Zweig der allgemeinen Wegepolizei.⁷⁷⁾ Mangels einer klaren Trennung von Straßenrecht und Straßenverkehrsrecht war es früher üblich, daß beide Rechtsmaterien innerhalb eines einheitlichen Gesetzes geregelt wurden. So standen bereits dem § 7 II 15 PrALR aus dem Jahre 1794, wonach "der freye Gebrauch der Land- und Heerstraßen einem jeden zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen gestattet (ist)", die §§ 25 II 15 ff. PrALR gegenüber, die "Vorschriften wegen des Ausweichens auf Straßen" zum Inhalt hatten.

76) Urt. d. BVerwG v. 28.11.1969, BVerwGE 34, 241 ff. - 243 sowie Urt. d. BVerfG v. 10.12.1975, NJW 76, 559 f.

77) Siehe hierzu bei Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, Bd. I, S. 393 ff. und Runkel, Zur Abgrenzung von Straßen- und Straßenverkehrsrecht, Diss. Bonn 1977, S. 7 ff.

Anhand dieser altgesetzlichen Regelungen wird bereits deutlich, daß die Funktion der "straßenrechtlichen" Vorschrift des § 7 II 15 PrALR vorwiegend darin bestand, dem Bürger eine Sachnutzung einzuräumen, während die "straßenverkehrsrechtlichen" Vorschriften der §§ 25 II 15 ff. PrALR ausschließlich ordnungsrechtlichen (polizeilichen) Charakter aufwiesen. An dieser grundsätzlichen rechtlichen Struktur der beiden Rechtsmaterien hat sich nichts geändert. Das Straßenrecht regelt die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Straßen und schafft die rechtlichen Voraussetzungen für deren Bereitstellung im Rahmen der Daseinsvorsorge des Staates und wird heutzutage richtigerweise zur Leistungsverwaltung gezählt.⁷⁸⁾ In institutioneller Hinsicht hat es seinen Standort im Recht der öffentlichen Sachen. Demgegenüber verfolgt das Straßenverkehrsrecht das Ziel, die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zu gewährleisten. Es befaßt sich mit der Ordnung des Straßenverkehrs und regelt diesen unter ordnungsrechtlichen Gesichtspunkten.⁷⁹⁾ Es setzt das Straßenrecht voraus. Insoweit besteht ein sachlicher Zusammenhang. Beide Rechtsgebiete unterscheiden sich auch hinsichtlich der Gesetzgebungszuständigkeit. Das Straßenverkehrsrecht gehört der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz an (Art. 74 Nr. 22 GG).

78) Bartlsperger, Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung, S. 11.

79) BVerwG, aaO, BVerfG, aaO sowie Urt. d. BayVGH v. 19.1.1971, VerwRspr Bd. 23 (1972) S. 108 ff.

Für das Straßenrecht - mit Ausnahme des Baues und der Unterhaltung von Landstraßen des Fernverkehrs - besitzen allein die Bundesländer die Gesetzgebungshoheit (Art. 70 Abs. 1 GG). Der institutionell unterschiedliche Standort beider Rechtsmaterien begründet eine Vermutung dafür, daß das Straßenverkehrsrecht und das Straßenrecht prinzipiell nur mit unterschiedlicher Zielsetzung als rechtlicher Anknüpfungspunkt einer Reglementierung der Anliegerwerbung zu dienen geeignet sind.

1. Das Straßenverkehrsrecht

Die positiv-rechtliche Regelung des Straßenverkehrs erfolgt im wesentlichen durch das Straßenverkehrsgesetz, ⁸⁰⁾ die Straßenverkehrszulassungsordnung ⁸¹⁾ und die Straßenverkehrsordnung. ⁸²⁾ Die Vorschrift des § 6 StVG enthält eine generelle Umschreibung der Ermächtigung des Bundesverkehrsministers zum Erlaß von Ausführungsvorschriften auf den einzelnen aufgeführten Rechtsgebieten.

80) StVG v. 19.12.1952 (BGBI. I S. 837), zuletzt geändert durch Gesetz v. 3.8.1978 (BGBI. I S. 1177).

81) StVZO v. 6.12.1960 (BGBI. I S. 897), Neufassung v. 15.11.1974, zuletzt geändert durch VO v. 22.12.1978 (BGBI. I, S. 2090).

82) StVO v. 16.10.1970 (BGBI. I S. 1565), zuletzt geändert durch Vo v. 24.5.1978 (BGBI. I S. 635).

Vorschriften über Außenwerbung finden sich in § 6 Abs. 1 Nr. 3 f) StVG und in § 33 StVO sowie in § 46 Abs. 1 Nr. 9, 10 StVO. § 33 StVO wendet sich als Verbotsnorm unmittelbar an Werbungtreibende. Sie verbietet den Betrieb von Lautsprechern, das Anbieten von Waren und Leistungen aller Art auf der Straße (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StVO) sowie jedwede Werbung und Propaganda durch Bild, Schrift, Licht oder Ton außerhalb geschlossener Ortschaften, wenn dadurch Verkehrsteilnehmer in einer den Verkehr gefährdenden oder erschwerenden Weise abgelenkt oder belästigt werden können. Ferner untersagt § 33 Abs. 1 Satz 2 StVO die Störung des Verkehrs außerhalb geschlossener Ortschaften durch innerörtliche Werbung. Schließlich erklärt § 33 Abs. 2 Satz 2 StVO Werbung und Propaganda in Verbindung mit Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen für unzulässig. An der Vorschrift des § 33 StVO fällt auf, daß sie - abgesehen vom Verbot reiner Werbefahrten⁸³⁾ - nicht Verkehrsvorgänge selbst betrifft, weil sie weder die Benutzung des Verkehrsraumes durch Verkehrsteilnehmer zu Verkehrszwecken zum Inhalt hat,⁸⁴⁾ noch etwas über den Zustand von Gegenständen vorschreibt, die zur Teilnahme am Straßenverkehr verwendet werden.⁸⁵⁾

83) Das BVerfG hat das Verbot reiner Werbefahrten (§33 Abs. 1 Satz 3 StVO) für verfassungswidrig erklärt (Urt. d. BVerfG v. 10.12.1975, BVerfGE 40, 371 ff. - NJW 76, 559 f., m. Anm. Wagner, NJW 76, 1083 f.).

84) In diesem Sinne Urt. d. BVerfG v. 3.10.1957, BVerfGE 7, 111 ff. - 117.

85) Diesen Teilbereich des Straßenverkehrsrechts regelt die StVZO.

Es handelt sich mithin nicht um Straßenverkehrsrecht im eigentlichen Sinne, sondern um Vorgänge, die sich außerhalb des Straßenverkehrs ereignen. Die Verfassungsmäßigkeit der Regelung wurde deshalb auch schon in Zweifel gezogen.⁸⁶⁾ Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit von § 33 StVO wurden auch insofern bereits erhoben, als die Ermächtigungsnorm des § 6 Abs. 1 Nr. 3 f StVG nur die außerörtliche Werbung erwähnt, während § 33 StVO auch Regelungen der Werbung innerhalb geschlossener Ortschaften beinhaltet.⁸⁷⁾ Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des § 33 Abs. 1 Satz 3 StVO zu dieser Frage Stellung genommen.⁸⁸⁾

- 86) Schmidt-Tophoff hält die Regelung des dem jetzigen § 33 StVO inhaltlich nahezu gleichlautenden § 23 des vom Bundesverkehrsministeriums aus dem Kommissionsentwürfen erarbeiteten Referentenentwurfs für ungültig. Schmidt-Tophoff vertritt die Auffassung, daß § 6 Abs. 1 Nr. 3g StVG (jetzt § 6 Abs. 1 Nr. 3 f.) als Ermachtigungsgrundlage auf der § 33 StVO beruht, nicht von Art. 74 Nr. 22 GG gedeckt sei, weil diese Vorschrift nicht den Straßenverkehr regle (Schmidt-Tophoff, DVBl. 65, 833 ff. - 834).
- 87) Siehe die Begründung des Antrags des Beschwerdeführers im Verfahren über die Verfassungsmäßigkeit von § 23 Abs. 1 Satz 3 StVO, BVerfGE 40, 374.
- 88) Urt. d. BVerfG v. 10.12.1975, BVerfGE 40, 371 ff., NJW 76, 559 f.

Darin hat es die Verfassungsmäßigkeit von § 33 Abs. 1 Satz 3 StVO verneint mit der Begründung, daß das generelle Verbot von Werbefahrten einen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zuwiderlaufenden Eingriff in die Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) darstelle.⁸⁹⁾ Im übrigen hat es die Verfassungsmäßigkeit sowohl von § 6 Abs. 1 Nr. 3 f StVG als auch von § 33 StVO bejaht und im Anschluß an seine frühere Rechtsprechung⁹⁰⁾ klargestellt, daß der Bund im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Nr. 22 GG alle notwendigen Maßnahmen treffen kann, um einen ordnungsgemäßen Ablauf des Straßenverkehrs sicher zu stellen. Nach der Auffassung des BVerfG wird eine Regelung, wie sie § 33 StVO zum Inhalt hat, von der Ermächtigung des § 6 Abs. 1 Nr. 3 f StVG gedeckt. Zwar ermächtigt § 6 Abs. 1 Nr. 3 f StVG nur zum Erlass von Vorschriften über Werbung, die außerhalb geschlossener Ortschaften wirkt. Die in § 6 Abs. 1 Nr. 3 nach dem Wort " insbesondere " unter a) angeführten Sachverhalte haben jedoch nur beispielhaften Charakter. Sie begrenzen die Ermächtigung auf vergleichbare Sachverhalte, verbieten aber nicht eine Regelung wie sie in § 33 StVO getroffen wurde.⁹¹⁾

89) Dem gesetzgeberischen Anliegen kann ohne Beeinträchtigung der öffentlichen Belange durch ein Erlaubnisverfahren mit Verbotsvorbehalt in ausreichender Weise Rechnung getragen werden (BVerfG, aaO, 560).

90) Beschl. d. BVerfG v. 9.2.1972, BVerfGE 32, 319 ff.

91) Urt. d. BVerfG v. 10.12.1975, NJW 76, 559 f. - 560.

Auch das BVerwG hatte sich mit der Frage zu befassen, ob Regelungen zur Abwehr von Gefahren, die von außen auf den Straßenverkehr einwirken, von der Gesetzgebungsbefugnis nach Art. 74 Nr. 22^{GG} umfaßt werden.⁹²⁾ Das BVerwG hat diese Frage mit der Begründung bejaht, daß insoweit eine Annexkompetenz des Bundes bestehe.⁹³⁾ Die Befugnis für eine Annexregelung wird aus dem notwendigen Sachzusammenhang hergeleitet.⁹⁴⁾

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß der Bundesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungsbefugnis in Ausübung der Annexkompetenz, Werbemaßnahmen an Straßen abschließend zu regeln, keinen Gebrauch gemacht hat. Die Vorschriften des § 6 StVG und des § 33 StVO sind so auszulegen, daß lediglich ein Teilbereich der Außenwerbung abschließend geregelt ist, nämlich nur die Werbung, die außerhalb geschlossener Ortschaften - mithin auf freier Strecke - auf den Verkehr einwirken kann. Dieser Regelung liegt neben der Absicht, Verunstaltungen des Landschaftsbildes abzuwehren, erkennbar die Erwägung zugrunde, daß Werbeanlagen auf freier Strecke sich an die Verkehrsteilnehmer auf der betreffenden Straße wenden und den Zweck haben, deren Aufmerksamkeit auf sich zu lenken. Dadurch sind sie generell geeignet, die aufgrund der meist erhöhten Geschwindigkeiten in diesem Bereich ohnehin bestehende Gefahrensituation zusätzlich zu verstärken.

92) Urt. d. BVerwG v. 13.12.1967, NJW 68, 764 ff.

93) BVerwG, aaO, S. 764, in diesem Sinne auch schon Urt. d. BVerfG v. 29.4.1958, BVerfGE 8, 143 ff.

94) BVerfG, aaO, S. 149.

Die Außenwerbung im Innenbereich, insbesondere die Anliegerwerbung, hat der Gesetzgeber von dieser Regelung weitgehend ausgenommen. Verboten sind lediglich der Betrieb von Lautsprechern, das Anbieten von Waren oder Leistungen auf der Straße (§ 33 Abs. 1 Nr. 1, 2 StVO) sowie die Werbung und Propaganda in Verbindung mit Verkehrszeichen (§ 33 Abs. 2 Satz 2 StVO). Die Straßenverkehrsbehörde kann diese Tätigkeiten auf Antrag generell oder für den Einzelfall genehmigen (§ 46 Abs. 1 Nr. 9 StVO). Es wäre aber verfehlt anzunehmen, daß die übrige Außenwerbung innerorts unbeschränkt zulässig ist. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Bundesgesetzgeber für die innerörtliche Werbung keine abschließende Regelung getroffen hat. Verkehrsgefährdende Werbung innerhalb geschlossener Ortschaften ist daher prinzipiell einer landesrechtlichen Regelung zugänglich.⁹⁵⁾ Diese Interpretation der bundesgesetzgeberischen Tätigkeit erscheint im Hinblick auf die Außenwerbung auch sachlich gerechtfertigt. Die spezielle Regelung der Außenwerbung im innerörtlichen Bereich sollte erkennbar landesrechtlichen und örtlichen Vorschriften überlassen werden, um so eine sachgerechte und den spezifischen örtlichen Verhältnissen angepaßte Reglementierung zu gewährleisten.

95) Urt. d. BVerwG v. 13.12.1967, NJW 68, 764 ff. und Beschl.d.BVerfG v. 9.2.1972, NJW 72, 859 f.

Diese Auffassung findet eine Stütze in der amtlichen Begründung zum Entwurf eines Bundesfernstraßengesetzes ⁹⁶⁾ sowie in den derzeit geltenden Vorschriften über die Außenwerbung im FStrG . Das Verbot von Anlagen der Außenwerbung innerhalb der Schutzzone nach § 9 Abs. 1 und Abs. 2 FStrG gilt nicht für die innerörtliche Werbung. ⁹⁷⁾ Dort sollen landesrechtliche weitergehende Vorschriften zulässig sein (§ 9 Abs. 6 Satz 3 FStrG).

- 96) BT.-Drs. I Nr. 4248. Die amtliche Begründung zu § 9 Abs. 7 FStrG lautet: "Die Ausnahme für Werbeanlagen in Ortsdurchfahrten ist erforderlich, weil insoweit die örtlichen oder landesrechtlichen Vorschriften maßgebend sein sollten " (BT.-Drs., aaO, S. 22).
- 97) Gem. § 9 Abs. 6 FStrG gelten die Schutzzonen für die Außenwerbung nur außerhalb der zur Erschließung bestimmten Teile der Ortsdurchfahrten. Daneben sollen gem. § 9 Abs. 6 Satz 3 FStrG weitergehende bundes- und landesrechtliche Vorschriften unberührt bleiben. Dies bestimmte im wesentlichen auch schon § 9 Abs. 6 und Abs. 7 Satz 2 FStrG i.d.F. v. 6.8.1961 (BGBl. I S. 1742).

Diese Feststellung wird auch durch die amtliche Begründung zum FStrG zur Werbung im Erschließungsbereich von Bundesstraßen bestätigt.⁹⁸⁾ Die amtliche Begründung zu § 9 Abs. 6 Satz 1 FStrG kann nur im Zusammenhang mit § 9 Abs. 1, Abs. 2 FStrG richtig interpretiert werden. Sie besagt lediglich, daß eine Einhaltung der dort festgelegten Schutzzonen nicht erforderlich erscheint, weil Verkehrsteilnehmer im Erschließungsbereich von Bundesstraßen mit Außenwerbungstätigkeit rechnen, sich darauf einstellen müssen und ohnehin infolge von Geschwindigkeitsbeschränkungen gehalten sind, nur mäßig schnell zu fahren.

Das bedeutet indessen nicht, daß überhaupt keine Beschränkungen der Außenwerbungstätigkeit erforderlich sind, sondern nur, daß nicht solche Beschränkungen geboten erscheinen wie längs der Bundesstraßen ohne Erschließungsfunktion.⁹⁹⁾ Bei dieser Interpretation von § 9 Abs. 1, Abs. 2 FStrG wird auch § 6 Abs. 6 Satz 3 FStrG verständlich, wonach weitergehende bundes- oder landesrechtliche Vorschriften unberührt bleiben.

98) BT-Drs. VII/1265 S. 20 lautet: " Dort (im Erschließungsbereich) gehört die Außenwerbung zu den Erscheinungsformen des örtlichen Gemeinschaftslebens. Hierauf muß sich der Verkehr einstellen. Außerdem bestehen dort Geschwindigkeitsbeschränkungen, so daß aus Gründen der Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs keine Beschränkungen zwingend geboten sind, wie längs der Bundesfernstraßen ohne unmittelbare Erschließungsfunktion. "

99) In diesem Sinne auch Marshall- Schroeter-Kastner, FStrG, § 9 Rdnr. 8.5 m.w.Nachw.

Denn wollte man § 9 Abs. 6 FStrG so auslegen, daß die innerörtliche Werbung nach dem Willen des Gesetzgebers für eine unbeschränkte Werbungstätigkeit freigegeben sein sollte, so erscheinen weitergehende, d.h. noch mehr Freiheit einräumende Vorschriften undenkbar. § 9 Abs. 6 Satz 3 kann daher richtigerweise nur einschränkend interpretiert werden. Das Wort " weitergehende " ist hier im Sinne von " die Werbetätigkeit mehr beschränkende " zu verstehen. Diese Auffassung wird durch die amtliche Begründung zu § 9 Abs. 6 Satz 2 FStrG erhärtet; dort ist ausdrücklich klargelegt, daß die Regelung in § 9 Abs. 6 Satz 2 FStrG, die die Werbung an Brücken auf freier Strecke verbietet, nicht so ausgelegt werden darf, daß die Werbung an Brücken innerhalb der zur Erschließung der anliegenden Grundstücke bestimmten Teile der Ortsdurchfahrt grundsätzlich freigestellt ist. 100)

Somit ist festzustellen, daß das Straßenverkehrsrecht einen geeigneten rechtlichen Anknüpfungspunkt für eine Reglementierung der Außenwerbung unter ordnungsrechtlichen Gesichtspunkten darstellt. Der Bundesgesetzgeber hat von seiner Gesetzgebungskompetenz in diesem Lebensbereich nicht erschöpfend Gebrauch gemacht und die Außenwerbung auf und an öffentlichen Straßen nur außerhalb geschlossener Ortschaften einer abschließenden Regelung zugeführt.

100) BT.-Drs. VII/1265 S. 20.

Bezüglich der innerörtlichen Werbung hat er sich auf eine partielle Reglementierung unter ordnungsrechtlichen Gesichtspunkten beschränkt. Demzufolge ist der Landesgesetzgeber zu einer ergänzenden Regelung der Außenwerbung für den innerörtlichen Bereich auch unter ordnungsrechtlichen Gesichtspunkten befugt.

2. Das Straßenrecht

Es stellt sich keineswegs als selbstverständlich dar, die Außenwerbung, speziell die Anliegerwerbung, in institutioneller bzw. rechtssystematischer Hinsicht mit dem Straßenrecht, insbesondere mit der Benutzungsordnung öffentlicher Straßen in Verbindung zu bringen. Die Straßengesetze von Bund und Ländern erwähnen die Außenwerbung auch kaum. Soweit dies überhaupt der Fall ist, befassen sich die betreffenden Vorschriften mit der Außenwerbung unter dem Aspekt der Gefahrenabwehr und nicht etwa unter dem Gesichtspunkt einer Benutzung öffentlicher Straßen zu Werbezwecken. ¹⁰¹⁾

101) Vgl. beispielhaft § 9 Abs. 6 FStrG,
§ 28 NRWStrG.

Der rechtliche Zusammenhang zwischen der Außenwerbung, die die Anliegerwerbung einschließt, wird durch die " Kommunikationsfunktion " öffentlicher Straßen hergestellt. 102) Die Kommunikationsfunktion tritt in der Weise in Erscheinung, daß öffentliche Straßen - vor allem im Kernbereich von Großstädten - neben der Benutzung zum Verkehr im zunehmenden Maße für außerverkehrliche Zwecke beansprucht werden. Öffentliche Straßen dienen in diesem Bereich heutzutage mehr denn je als Forum der Information, des Gedankenaustausches, der menschlichen Begegnung schlechthin. Einen wesentlichen Faktor der Kommunikationsfunktion öffentlicher Straßen bildet die Außenwerbung, innerhalb derer die Anliegerwerbung eine beherrschende Stellung einnimmt. Sie ist in der Gefolgschaft einer sich ständig weiterentwickelnden Konsumgesellschaft westlicher Prägung gleichsam in die öffentlichen Straßen hineingewachsen. Dadurch mußte sie in vermehrtem Umfang Gegenstand des Straßenrechts werden und das Straßenrecht als ihren wichtigsten rechtlichen Anknüpfungspunkt gewinnen.

102) Zum Kommunikationszweck öffentlicher Straßen siehe Urt. d. RG v. 7.3.1882, RGZ 7 213 ff. - 215 f., Petersen, Grundprinzipien und Grenzen des Gemeingebrauchs gegenüber dem Eigentum an öffentlichen Wegen im Rahmen der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Hamburg 1935 S. 67, Meinhard Schröder, DV 77 457 ff., Marschall-Lehr, Kasper, FStrG, § 7 Anm. 2.1 (S. 251), Walter, BayVB1. 78, 234 ff. - 238 f., m.w.Nachw., Steinberg, NJW 78, 1898 ff. - 1900.

Innerhalb dieses Rechtsgebiets erfährt die Anliegerwerbung eine Reglementierung im Rahmen der straßenrechtlichen Benutzungsordnung, soweit das Straßenverkehrsrecht dafür Raum gelassen hat. ¹⁰³⁾

Wie im folgenden darzustellen sein wird, können sich Vorgänge der Anliegerwerbung aus unterschiedlicher Sicht als Benutzung öffentlicher Straßen erweisen. Dabei wird sich herausstellen, ob und in welcher Art und Weise die jeweilige Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung rechtlich zu beurteilen ist.

Anliegerwerbung als Straßenbenutzung

Im Rahmen ihrer Kommunikationsfunktion sind öffentliche Straßen neben ihrer Bestimmung, dem Verkehr zu dienen, als öffentlich-rechtliche Mehrzweckinstitute der Leistungsverwaltung ¹⁰⁴⁾ unterschiedlichen Benutzungsvorgängen ausgesetzt. Eine besondere Benutzungsform bildet die Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung. Sie vollzieht sich in zweierlei Art und Weise.

I. Die gegenständliche Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung

Die Anliegerwerbung tritt dem Umworbenen in zahlreichen Erscheinungsformen gegenüber. ¹⁰⁵⁾

103) Siehe oben C.II, 1.

104) Siehe oben Anm. 9.

105) Siehe oben C.

Ein typisches Merkmal der Anliegerwerbung ist es dabei, daß sie sich bei der Übermittlung der Werbebotschaft eines Werbeträgers bedient. Als Werbeträger bezeichnet man die werbeunwirksamen Werbemittel, wie beispielsweise Hauswände, Schilder, Transparente, Leuchtröhren etc. Sie verfügen naturgemäß über eine gewisse körperliche Ausdehnung. Wenn Werbeträger den Luftraum über der Straße, den sämtliche Straßengesetze zu den Bestandteilen der Straße zählen, ¹⁰⁶⁾ in Anspruch nehmen, so rechtfertigt sich für diesen Vorgang die Bezeichnung gegenständliche oder räumliche Straßenbenutzung. Die Benutzung des Straßenraumes durch Anliegerwerbung geschieht vorwiegend dadurch, daß Werbeanlagen, wie Transparente, Schilder, Automaten, Fahnen etc. so auf einem Anliegergrundstück oder an einem darauf befindlichen Bauwerk angebracht werden, daß sie in den Straßenraum hineinragen. Als weitere Form der Benutzung öffentlicher Straßen durch Anliegerwerbung ist es anzusehen, wenn Werbeträger auf Straßengrund errichtet werden oder diesen als Unterlage zur Befestigung verwenden. Der wirtschaftliche Zusammenhang mit dem Anliegergrundstück, der es rechtfertigt, in diesen Fällen von Anliegerwerbung von Anliegergrundstücken aus zu sprechen, ¹⁰⁷⁾ wird dabei durch die unmittelbare Nähe der Werbeanlage zu dem Anliegergrundstück deutlich.

106) Siehe § 1 Abs. 4 Satz 2 FStrG und die entsprechenden Vorschriften in den Landesstraßengesetzen.

107) Es handelt sich dabei um "Anliegerwerbung von Anliegergrundstücken aus" (oben B.V.1.), z.B. Fahrradständer und Sonnenschirme mit Werbeaufschrift, Fahnenmasten etc.

Gemeinsam ist sämtlichen räumlichen Straßenbenutzungen durch Anliegerwerbung, daß sie den nur begrenzt zur Verfügung stehenden Straßenraum infolge ihrer Körperlichkeit verknappen. Freilich wirkt sich eine Verknappung des Straßenraumes allenfalls bis in eine Höhe aus, die - sei es auch nur in Extremfällen - vom Verkehr auf der Straße noch beansprucht werden kann. Eine Benutzung des Straßenraums durch Anlagen der Anliegerwerbung oberhalb dieser im allgemeinen als "Lichtraumprofil" bezeichneten Zone ¹⁰⁸⁾ kommt daher unter dem Gesichtspunkt einer gegenständlichen Inanspruchnahme der Straße keine Bedeutung mehr zu. Derartige Werbeanlagen gehören aber aufgrund ihrer werbemäßigen Ausstrahlung, mit der sie auf den Straßenraum einwirken, u.U. zu einer anderen Kategorie der Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung.

II. Die agitatorische Straßenbenutzung durch Anlieger- werbung

Die gesamte Außenwerbung verfolgt das erklärte Ziel, das Straßenpublikum als Werbesubjekt ¹⁰⁹⁾ in ihrem Sinne zu beeinflussen.

108) Die Höhe wird im Bereich der Fahrbahnen im allgemeinen mit etwa 4,50 m, im Bereich der Gehwege mit etwa m angegeben (vgl. Schmidt-Tophoff, DVBl. 70, 17 ff. - 27).

109) Zum Begriff des Werbesubjekts siehe Petermann in: Behrens, Handbuch der Werbung, S. 359 ff.

Öffentliche Straßen sind aufgrund des auf ihnen stattfindenden Publikumverkehrs überaus bevorzugte Wirkungsräume der Außenwerbung, insbesondere der Anliegerwerbung. Dieser Spielart der Außenwerbung kommt zusätzlich eine beschränkte Orientierungsfunktion für Straßenbenutzer zu, da sie ihnen durch ihr Auftreten in typischen Erscheinungsformen die Auffindung bestimmter Arten von Geschäften oder Betrieben, wie z.B. Apotheken, Gaststätten etc., erleichtert. Die gezielte Einwirkung durch Anliegerwerbung auf den Straßenraum und seine Benutzer muß als besondere Form einer Straßenbenutzung erkannt werden, vermag sie doch - gleich einer gegenständlichen Inanspruchnahme des Straßenraumes - die verkehrsmäßige Straßenbenutzung (Gemeingebrauch) ebenfalls empfindlich zu stören. Die Störung wird dadurch bewirkt, daß infolge intensiver Agitation die Aufmerksamkeit der Straßenbenutzer beansprucht und dadurch ihr Verhalten auf der Straße beeinflußt wird. ¹¹⁰⁾ Straßenbenutzer können durch agitatorische Straßenbenutzung vom Verkehrsgeschehen abgelenkt werden. Dies kann Verkehrsstörungen herbeiführen oder - bei intensiver Einwirkung - vorübergehend einen Verkehrsstillstand auslösen. ¹¹¹⁾

110) Siehe hierzu Schmidt-Tophoff, DVBl. 62, 461 ff.

111) Beispiele: Ein Fahrzeug bewegt sich nurmehr im Schrittempo, weil der Fahrer eine attraktive Passagewerbung betrachtet; eine Menschenmenge blockiert den Gehsteig, während sie eine Werbevorführung im Zugang zu einem Ladengeschäft beobachtet.

Der in der Literatur häufig diskutierte Fall, ¹¹²⁾ in dem eine attraktive Schaufensterwerbung eine Menschenansammlung herbeiführt, verliert bei dieser Betrachtungsweise an Aktualität unter dem traditionellen Aspekt eines sicherheitsrechtlichen Störungstatbestandes und gewinnt im Lichte einer unerlaubten, nicht erlaubnisfähigen Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung straßenrechtliche Relevanz. Aus dieser Sicht kommt es auch nicht mehr darauf an, ob der Werbungstreibende die Menschenansammlung beabsichtigt hat oder nicht. Es ist vielmehr darauf abzustellen, ob objektiv betrachtet ein Straßenbenutzungstatbestand vorliegt. Bei der werbemäßigen Einwirkung auf den Straßenraum und seine Benutzer durch Anliegerwerbung ist stets eine außerverkehrliche agitatorische Straßenbenutzung zu bejahen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um akustische oder um visuelle Werbevorgänge handelt. Die Gleichstellung ist gerechtfertigt, da auch letztere als "lärmende" Werbung empfunden wird.

Sofern der Werbeträger der agitatorischen Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung seinen Standort außerhalb des Straßenraums einnimmt, vermindert sich die Intensität der Straßenbenutzung mit zunehmender Entfernung.

112) Siehe hierzu bei W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. (unveränderter Neudruck) 1948, S. 444, Wacke, DöV 60, 93 ff. - 96, Samper, PAG, 4. Aufl. 1975, S. 161, Scholler/Bross, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik, 2. Aufl. 1978, S. 197 ff.

Die agitatorische Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung findet daher ihren Ausgangspunkt meist in Straßennähe oder wird in Verbindung mit einer gegenständlichen Straßenbenutzung ausgeübt. Maßgeblich ist somit allein der Umstand, daß die Werbebotschaft im Straßenraum wahrnehmbar ist.

Dieser Betrachtungsweise der Anliegerwerbung kann nicht mit dem Argument entgegengetreten werden, daß die Außenwerbung schlechthin lediglich eine bestehende Situation ausnützt, so¹¹³⁾ wie jemand, der ein Haus am See sein eigen nennt, den See "nutzt", indem er sich an der Schönheit des Anblicks erfreut.¹¹³⁾ Das Wesen der Werbung wird dabei nicht klar erfaßt. Der Betrachter des Sees nutzt diesen in der Tat nicht im Sinne einer Benutzung. Ebenso wenig benutzt jemand die Straße, wenn er sich einen dort stattfindenden Festzug betrachtet. Die im öffentlichen Straßenraum wahrnehmbare Werbung erschöpft sich gerade nicht in der Ausnützung einer vorgegebenen Situation. Die Straße und das auf ihr sich abwickelnde Geschehen wirken nicht auf die Werbung. Die Aktionsrichtung verläuft gerade umgekehrt. Die Werbung wirkt gezielt auf die Straße und ihre Benutzer ein. Sie benutzt die Straße gewissermaßen als Landeplatz für Werbebotschaften, die sie ausstrahlt, und drängt das Straßenpublikum zum bewußten oder unbewußten Konsum der Werbebotschaft.

113) Zippelius, in: Bartlsperger-Blümel-Schroeter (Hrg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, S. 149.

Die Werbung agiert und informiert in einer Weise, die in manchen Fällen als aggressiv bezeichnet werden muß. Sie zeichnet sich nicht allein dadurch aus, daß sie die Straßenbenutzer vom Verkehrsgeschehen ablenken kann (Aberrationseffekt), sondern ist sogar in der Lage, die verkehrsmäßige Straßenbenutzung in eine bestimmte Richtung zu lenken ¹¹⁴⁾ (Kanalisationseffekt), die verkehrsmäßige Straßenbenutzung wie ein Hindernis auf der Straße zu erschweren ¹¹⁵⁾ (Retardationseffekt) oder sogar vorübergehend zum Erliegen zu bringen ¹¹⁶⁾ (Arretationseffekt). Die geschilderten Wirkungen der im Straßenraum wahrnehmbaren Werbung können sowohl durch eine gegenständliche als auch durch eine agitatorische Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung hervorgerufen werden. Die Gleichartigkeit der Auswirkungen, die die gegenständliche und die agitatorische Straßenbenutzung zeitigen, rechtfertigt ^{für} beide eine Qualifizierung als Straßenbenutzung. Die Einwirkung auf die Straße und ihre Benutzer durch Anliegerwerbung stellt sich somit stets als Straßenbenutzung dar. Die Benutzung erfolgt entweder nur als agitatorische oder zugleich auch als gegenständliche Inanspruchnahme des Straßenraumes oder nur als solche.

114) Dies gilt insbesondere für den Fußgängerverkehr.

115) Beispiel: Mehrere Straßenbenutzer, die gleichzeitig auf einem engen Bürgersteig eine Schaufensterauslage betrachten, behindern die übrigen Fußgänger.

116) Siehe die Beispiele in Anm. 111.

Der zuletzt genannte Fall liegt vor, wenn eine Anlage der Außenwerbung deshalb nicht oder nicht mehr agitiert, weil die Werbeaussage fehlt.¹¹⁷⁾ Die Erkenntnis, daß werbemäßige Agitation, die im Straßenraum wahrnehmbar ist, als Straßenbenutzungstatbestand einzuordnen ist, läßt die Vorschrift des § 33 StVO, die sich unter verkehrs- also ordnungsrechtlichen Gesichtspunkten überwiegend mit der Werbung auf freier Strecke befaßt, als straßenrechtliche Regelung erscheinen. Damit stellt sich die Frage nach der kompetenzrechtlichen Zulässigkeit dieser Regelung.

Die Gesetzgebungskompetenz zur Reglementierung der Straßenbenutzung liegt, sofern man einmal von den Bundesfernstraßen absieht, bei den Ländern (Art. 70 GG). Die Vorschrift des § 33 StVO gilt auch für andere Straßen als Bundesfernstraßen und enthält Regelungen, die sowohl das Straßenverkehrsrecht als auch das Landes-Straßenrecht betreffen. Es handelt sich dabei um zwei Sonderrechtsmaterien, die zwei verschiedenen Kompetenzträgern zugeordnet sind. § 33 StVO stellt insoweit eine idealkonkurrierende Sonderrechtsvorschrift dar. Das Grundgesetz hält für die Lösung dieser kompetenzrechtlichen Kollision auf der Stufe der Kompetenzverteilung keine Regelung parat. Die Vorschriften der Art. 70 Abs. 1, 72 Abs. 1 GG befassen sich lediglich mit sog. uneigentlichen Kollisionsfällen von allgemeinem und Sonderrecht.

117) Beispiele: Ein bereits montierter Werbeträger ist noch nicht beschriftet; die Beschriftung eines Werbeträgers ist infolge Witterungseinflusses verblichen.

Die Kollision zwischen idealkonkurrierenden Sonderrechten erweist sich als Problem der Normkonkurrenz innerhalb der Ranghierarchie. ¹¹⁸⁾ Die einschlägige Kollisionsnorm bildet Art. 31 GG, die dem Bundesrecht den Vorrang gegenüber dem Landesrecht einräumt (Bundesrecht bricht Landesrecht). Der Bundesgesetzgeber durfte somit in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise in § 33 StVO auch eine straßenrechtliche Regelung einbeziehen.

III. Die wirtschaftliche Nutzung der Straße durch Anliegerwerbung

Jede Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung unterliegt einer ökonomischen Betrachtungsweise, und zwar unabhängig davon, ob sie gegenständlich, agitatorisch oder in Gemengelage auftritt. ¹¹⁹⁾ Diese Feststellung beruht auf der Erkenntnis, daß öffentliche Straßen in ihrer Eigenschaft als Kollektivgüter ¹²⁰⁾ durch Anliegerwerbung genutzt werden. Unter Kollektivgütern versteht man solche Güter, die allen Individuen einer sozialen Gruppe in gleicher Weise zur Verfügung stehen und entsprechend den individuellen Wertschätzungen genutzt werden können. ¹²¹⁾

118) Ausführlich hierzu, v. Pestalozza, DöV 72, 181 ff. - 187 ff.

119) Siehe oben E. I., II.

120) Zu diesem Begriff siehe Ehrlicher, Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Bd. II, 3. Aufl. 1972, S. 317, Münch, Kollektive Güter und Gebühren, 1976, S. 20 ff.

Kennzeichnend für ein (vollständiges) öffentliches Gut ist der Umstand, daß das Gut durch jeden einzelnen konsumiert werden kann, ohne daß die Konsumtionsmöglichkeit anderer dadurch ausgeschlossen oder beeinträchtigt wird. Im Hinblick auf die durch den Ausbau begrenzte Benutzbarkeitskapazität öffentlicher Straßen erscheinen diese - wie die Mehrzahl sog. öffentlicher Güter - als nicht vollständige, d.h. beschränkte öffentliche Güter. ¹²²⁾ Die Zuordnung öffentlicher Straßen zu den Kollektivgütern rechtfertigt sich dadurch, daß die Ausübung des Simultankonsums (Gemeingebrauch) innerhalb der Kapazitätsgrenzen andere in der Benutzung regelmäßig weder ausschließt, noch einschränkt (nicht rivalisierende Benutzung). Ihre Bereitstellung erfolgt in Erfüllung einer sozialstaatlichen Aufgabe durch den Staat anstatt marktmäßig im Wege der Privatinitiative. Die Grenze zur rivalisierenden Benutzung des öffentlichen Gutes Straße ist fließend, da auch bei gemeingebräuchlicher Nutzung mit zunehmender Kapazitätsauslastung bereits wachsende Nutzungsrivalität aufkommt. ¹²³⁾

- 121) Sie werden bei Bereitstellung durch den Staat auch öffentliche Güter genannt; siehe Ehrlicher, aaO; Beispiele: Schulen, Krankenhäuser, Rechts- und Polizeischutz.
- 122) Ein vollständiges öffentliches Gut ist z.B. die nationale Landesverteidigung, siehe Ehrlicher, aaO, S. 316.
- 123) **Streit, M.**, in Bartlsperger-Blümel-Schroeter, Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, 1979, S. **1ff.**

Die Benutzung des öffentlichen Gutes Straße durch Anliegerwerbung fördert als gegenständliche Straßenbenutzung die Kapazitätsauslastung des Straßenraumes durch die damit verbundene Raumverknappung. Sie tritt dadurch selbst in Rivalität zur verkehrsmäßigen Straßenbenutzung. Auch agitatorische Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung vermag die Straßenbenutzung zu anderen Zweckeneinzuschränken und kann infolge ihrer potentiellen Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs insbesondere auch mit der Straßenbenutzung zum Verkehr rivalisieren. Eine Ausnahme hierzu gilt für solche Straßen, in denen die agitatorische Straßenbenutzung wegen der besonderen Art des dort stattfindenden Verkehrs mit diesem nicht oder nur unwesentlich in Rivalität tritt. Dies ist in fahrzeugverkehrsberuhigten (Fußgänger-)zonen,¹²⁴⁾ wie sie heute in Städten üblicherweise errichtet werden, regelmäßig der Fall. Da der Fußgängerverkehr ein hohes Maß an agitatorischer Straßenbenutzung verträgt, ohne daß es dabei zu nennenswerten Gemeingebrauchsstörungen kommt, kann Rivalität zwischen agitatorischer Straßenbenutzung und gemeingebräuchlicher Straßenbenutzung innerhalb von Fußgängerzonen nicht auftreten. Mangels Nutzungsrivalität bedarf die agitatorische Straßenbenutzung in Fußgängerzonen auch keiner besonderen Steuerung.

124) Siehe hierzu Körner, BayVBl. 78, 487 ff., Peine, Rechtsfragen der Einrichtung von Fußgängerzonen, Steiner ZRP 78, 277 ff. und ders. Rechtsprobleme der Fußgängerzonen und anderer verkehrsberuhigter Zonen in: Bartlsperger-Blümel-Schroeter (Hrg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980, S. 605 ff.

Die grundsätzlich bestehende Rivalität bei der Inanspruchnahme öffentlicher Straßen zwischen Anliegerwerbung und verkehrlicher Nutzung macht deutlich, daß Betreiber von Anliegerwerbung das öffentliche Gut Straße nutzen. Der wirtschaftliche Nutzen, den die Außenwerbung aus dem öffentlichen Gut Straße zieht, stelle sich als externer Effekt des Mediums Straße dar. Betreiber von Anliegerwerbung gelangen in den Genuß sog. externer Ersparnisse.¹²⁵⁾ Durch die Benutzung öffentlicher Straßen zu Werbezwecken ersparen sie finanzielle Aufwendungen, die sie zur Erzielung einer vergleichbaren Werbewirkung im privaten Bereich, z.B. in einem mit Zuschauern gefüllten Sportstadion, erbringen müßten. Dadurch partizipieren sie wirtschaftlich an der tatsächlichen Vorhaltung des öffentlichen Gutes Straße.¹²⁶⁾

Neben der gezielten werbemäßigen Einwirkung auf den Straßenraum, der sich das Straßenpublikum kaum entziehen kann, gibt es noch weitere Werbeformen, die im Straßenraum wahrnehmbar sind. Als Beispiele seien hier eine Werbung im Luftraum durch Himmelsschrift mittels Flugzeugen oder eine Rundfunkwerbung genannt, die durch ein geöffnetes Fenster auf die Straße dringt. Derartige Vorgänge erfüllen nicht den Tatbestand einer wirtschaftlichen Nutzung der Straße. Es handelt sich dabei vielmehr um externe werbemäßige Effekte anderer Medien, wie z.B. des Luftraums oder des Rundfunks.

125) Kirchhoff, aaO.

126) Hufnagel, Die Straßenbenutzung für Zwecke der Außenwerbung, S. 157 ff. - 159.

Die bestehende Rivalität zwischen der Straßenbenutzung für Werbezwecke und der verkehrlichen Nutzung verlangt nach einer Steuerung der rivalisierenden Nutzungsvorgänge. Oberster Grundsatz dieser Steuertätigkeit ist es, den Belangen des modernen Straßenverkehrs gerecht zu werden, unter gleichzeitiger angemessener Berücksichtigung der wirtschaftlichen und kommunikativen Funktion der Anliegerwerbung.

Bevor der Versuch unternommen wird, einen Steuerungsmechanismus des rivalisierenden Straßengebrauchs zu finden, der - unter Einbeziehung ökonomischer Überlegungen als Erkenntnis- bzw. Entscheidungshilfen - ¹²⁷⁾ mit der geltenden Straßenbenutzungsordnung in Einklang zu stehen hat, erscheint es zunächst erforderlich, zu untersuchen, ob und gegebenenfalls wie das frühere Straßenrecht das Problem bewältigt hat.

F. Die Anliegerwerbung im früheren Straßenrecht

Anlieger an öffentlichen Straßen und Wegen waren von jeher schon aufgrund der räumlichen Nähe ihres Anliegergrundstücks zur Straße in der Lage, von dieser in einer Weise Gebrauch zu machen, wie dies für die übrigen Straßenbenutzer nicht möglich war. ¹²⁸⁾

127) Bartlsperger, DVBl. 79, 1 ff. - 14.

128) In diesem Sinne schon Loebell, Die Rechte der Anlieger an städtischen Straßen im Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts, Gruch.Beitr. 6. Folge I (1897) S. 1 ff. - 16, eindrucksvoll auch das von Otto Mayer gezeichnete idyllische Bild einer Ortsstraße: "Man läßt allerlei Geräte, Karren und Fässer da herumstehen, stellt sich des Abends Bänke vors

Diese Aussage gilt prinzipiell auch für die Werbung der Straßenanlieger. Gleichwohl war eine Straßenbenutzung durch Anlieger im früheren Straßenrecht in institutioneller Hinsicht nicht rechtlich selbstständig, sondern in eine allgemeine, d.h. von ihr abstrahierte Straßenbenutzungsordnung eingebettet.

I. Die Benutzungsordnung des früheren Straßenrechts

Die rechtliche Situation des früheren Straßen- und Wegerechts ist durch das Nebeneinander einer Vielzahl partikular-rechtlicher Reglementierungen gekennzeichnet.¹²⁹⁾ Trotz der bestehenden Rechtszersplitterung konnten sich unter dem Einfluß der herrschenden Praxis und Lehre in Ansehung der straßenrechtlichen Benutzungsordnung im wesentlichen übereinstimmende und allgemein anerkannte Grundsätze entwickeln.

Zu 128) Haus um Luft zu schnappen, der Handwerksbetrieb findet teilweise auf der Straße statt, wie nicht minder die Kindererziehung" (Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 1917, S. 147).

129) Siehe hierzu bei Lassar, Grundbegriffe des preußischen Wegerechts, Allgemeiner Teil, S. 15 ff., ferner Kodal, Straßenrecht, S. 63.

1. Der Gemeingebruch

Der Gemeingebruch bildete traditionellerweise und kontinuierlich das zentrale Rechtsinstitut des Straßen- und Wegerechts, obwohl die geltenden straßen- und wegerechtlichen Vorschriften - von einigen wenigen Ausnahmen abgesehen - keine allgemein anerkannte Legaldefinition aufwiesen. 130) Es kann jedoch als gesicherte Erkenntnis gelten, daß die Benutzung der Straße zum Verkehr im Sinne einer Ortsveränderung zu allen Zeiten den Kern des straßenrechtlichen Gemeingebruchs begriffs gebildet hat. Im übrigen herrschte über Rechtsnatur, Inhalt und Umfang des Gemeingebruchs von jeher Uneinigkeit als Folge unterschiedlicher dogmatischer Ansätze.

- 130) Lediglich das Thüringische Wegegesetz v. 24.7.1929 (GS. S. 127) wies unter der Überschrift "Gemeingebruch" in § 5 eine derartige Bestimmung auf. Sie lautete: "Auf einem öffentlichen Weg kann jedermann sich aufhalten, gehen, reiten, Vieh treiben und mit Fahrzeugen aller Art fahren." Im übrigen kann § 7 PrALR als Vorläufer einer Gemeingebruchsdefinition angesehen werden: "Der freye Gebrauch der Land- und Heerstraßen ist einem jeden zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen gestattet."

a) Rechtsnatur

Der Gemeingebrauch ist seinem Wesen nach kein originär straßenrechtliches Institut, wenngleich das Straßenrecht neben dem Wasserrecht als wichtigstes praktisches Anwendungsgebiet jeder Gemeingebrauchstheorie zu gelten hat. Der Gemeingebrauch bildet ein zentrales Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts, genauer gesagt, des Rechts der öffentlichen Sachen.¹³¹⁾ Seine Wurzeln reichen zurück bis in die Zeit der gemeinschaftlichen Nutzung der ungeteilten Feldmark oder der von der Landaufteilung ausgenommenen Gemarkungsteile, der sog. "Allmende", durch die Mitglieder der Marktgenossenschaft.¹³²⁾

131) Siehe zu diesem Begriff bei Fleiner, Institutionen, S. 351 ff., Hatschek, Verwaltungsrecht, S. 472 ff., Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 51, Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 500 ff., Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 207 ff., Forsthoff, Verwaltungsrecht I, § 20, Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 39 II, §§ 55 ff.

132) H. Schelcher, Der öffentliche Weg und seine Bedeutung, S. 89 ff., Otto Mayer, aaO, S. 138, Baumeister, Zur Geschichte und Problematik des Deutschen Straßen- und Wegerechts, Kodal, aaO, S. 248, Engel, Die Entwicklung des bayerischen Straßen- und Wegerechts, Diss. Erlangen 1977, S. 174.

Wege, Plätze, Brücken und Gemeindebrunnen standen seinerzeit in einem genossenschaftlichen Eigentum sämtlicher Gemeindegenossen. Jedem Genossen stand ein Gebrauchsrecht an der gemeinschaftlichen Sache zu, dem ein Aufsichtsrecht der Vorstandschaft der Genossenschaft gegenüberstand. Ursprünglich sah man das Recht des einzelnen Genossen als privates Recht an, das sich mit demselben Recht jedes anderen Genossen deckte und in dem Recht sämtlicher Gemeindegenossen zusammengenommen aufging. So verstanden handelte es sich um ein Gemeingebrauchsrecht als Ausfluß des Eigentumsrechts.¹³³⁾ Freilich darf nicht übersehen werden, daß auch damals nicht nur Gemeindegenossen, sondern auch Gemeindefremde die Wege, Brücken und Plätze tatsächlich mitbenutzten. Diese Nutzung unterschied sich aber von der der Gemeindegenossen dadurch, daß sie sich lediglich aufgrund stillschweigender Duldung vollzog. Die tatsächliche Mitbenutzung der Straßen durch Gemeindefremde mag letztlich aber dazu geführt haben, daß die Idee des genossenschaftlichen Wegeeigentums mehr und mehr zurücktrat.

133) H. Schelcher, aaO, S. 7, a.A.: Biermann, der die Auffassung vertritt, daß das Mitgliedschaftsrecht der Gemeindegenossen öffentlich-rechtlicher Natur sei (Biermann, Die öffentlichen Sachen, S. 45).

Der Kreis der Nutzungsberechtigten erweiterte sich in Angleichung an die tatsächliche Übung. Das Gebrauchsrecht der Gemeindegengenossen wandelte sich zum Gemeingebrauch, der - wie bei den überregionalen Königsstraßen (Land- und Heerstraßen) - nunmehr jedermann zustand. Das Aufsichtsrecht der Vorstandschaft entwickelte sich im Zuge der sich formierenden Staatsgewalt zum Hoheitsrecht des Landesherrn, dem Wege-regal. ¹³⁴⁾ Wurde bereits dem Recht der Gemeindegengenossen auf Benutzung der Wege, Brücken etc. unterschiedliche Rechtsnatur beigemessen, so herrschte über das rechtliche Wesen des nunmehr entstandenen Gemeingebrauchs vollends Verwirrung. Eine Hauptursache hierfür bildete die theoretische Auseinandersetzung um den Rechtsstatus der öffentlichen Sachen, die die Anschauungen über das Wesen des Gemeingebrauchs naturgemäß beeinflussen mußte. Die Diskussion hatte sich am "Baseler Schanzenstreit" entzündet. ¹³⁶⁾

134) Zu diesem Begriff siehe bei Engel, aaO, S. 197 ff.

135) Siehe die zahlreichen Nachweise bei H. Schelcher, aaO, S. 75 ff.

136) Im Jahre 1833 wurden die früher vereinigten Schweizer Kantone Basel-Stadt und Basel-Land getrennt. Basel-Stadt verpflichtete sich, 64 % des Staatsgutes an Basel-Land abzugeben. Nachdem die Teilung längst vollzogen war, schleifte Basel-Stadt im Jahre 1859 seine Festungswerke und gewann dadurch zusätzliches Gelände, das teils in öffentliche Anlagen umgewandelt, teils als Bauplätze verkauft wurde.

Die damals zu entscheidende Frage nach der Extrakommerzialität öffentlicher Sachen lag zwar noch auf dem Gebiet des römischen Rechts und der Pandektenwissenschaft, gleichwohl beeinflusste der Ausgang dieses Rechtsstreites Literatur und Recht - sprechung im Sinne der gegenwärtig noch als herrschend zu bezeichnenden Theorie über den Rechtsstatus der öffentlichen Sachen. Ihr liegt die Vorstellung zugrunde, daß das Privateigentum durch eine öffentlich-rechtliche Zweckbindung überlagert und in dem Maße zurückgedrängt wird, wie die vorrangige öffentliche Zweckbestimmung Modifikationen verlangt.

zu 136) Basel-Land forderte einen entsprechenden Anteil am Verkaufserlös mit der Begründung, daß an den Festungswerken privatrechtliches Eigentum bestanden habe, das in die Teilungsmasse gehöre, bei der Teilung aber unberücksichtigt geblieben sei. Es entwickelte sich ein Rechtsstreit, den das Schweizer Bundesgericht im Sinne der Gutachter Dernburg und Rüttimann entschied, die Privateigentum bejahten. Die Auffassung v. Kellers und Iherings, die sich im Sinne des französischen "Domaine public", eines dem Privatrecht entzogenen öffentlichen Eigentums, äußerten, blieb die richterliche Anerkennung versagt (siehe hierzu bei Fleiner, Institutionen, S. 356 m.w.N. und bei H. Schelcher, aaO, S. 12 ff.).

Für privatrechtliche Verfügungen über die öffentliche Sache ist nach dieser Auffassung nur insoweit noch Raum, als sie die öffentlich-rechtliche Zweckbindung der Sache nicht beeinträchtigen. ¹³⁷⁾

Diese dualistische Konstruktion fand im Straßen- und Wegerecht ihren praktischen Niederschlag und äußerte sich in einer gemischt-rechtlichen Straßenbenutzungsordnung. Die rechtliche Konstruktion der öffentlichen Sache erwies sich in der Folgezeit häufig als Gegenstand rechtstheoretischer Überlegungen, die jedoch die überkommene Theorie vom modifizierten Privateigentum nicht verdrängen konnten. In diesem Zusammenhang darf die Lehre Otto Mayers vom öffentlichen Eigentum, die die öffentlichen Sachen ausschließlich einer öffentlich-rechtlichen Ordnung unterwirft, ¹³⁸⁾ nicht unerwähnt bleiben.

- 137) Siehe hierzu Stammler, Das Recht des Gebrauchs öffentlicher Straßen, GruchBeitr. 70 (1929) S. 129 ff. - 140, Fleiner, Institutionen, S. 351 ff. - 358 f., Forsthoff, Verwaltungsrecht I, § 20, Wolff I, § 57 I a.
- 138) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II, S. 71 ff., ablehnende Kritik hierzu bei Schelcher, aaO, S. 28 ff. und bei Maunz, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, S. 123 ff. - 137.

Ihr blieb eine allgemeine Anerkennung ebenso versagt, wie dem Denkmodell von Theodor Maunz, das die öffentliche Sache ungeachtet ihrer privatrechtlichen Bestandteile als ein funktionales Rechtsverhältnis zwischen dem Träger der öffentlichen Sache und ihrem Benutzer begreift. 139)

Nach der überkommenen Theorie der öffentlichen Sachen stellt sich der Gemeingebrauch als öffentlich-rechtliche Belastung des Straßeneigentums dar. Das Privateigentum an der Straße wird in dem Maße zurückgedrängt, wie es die öffentliche Zweckbestimmung des Gemeingebrauchs erfordert. Der Umfang des Gemeingebrauchs ergibt sich aus der Widmung, der hoheitlichen Verfügung des öffentlichen Wegeherrn, die die rechtliche Öffentlichkeit einer Straße begründet. Sie kann auf Gewohnheitsrechtssatz, Gesetz, Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlicher Vereinbarung beruhen. Bei Straßen, die bereits so lange benutzt werden, daß eine Widmung nicht mehr nachweisbar ist, wird die Öffentlichkeit vermutet und der Nachweis des Widmungsakts durch das Rechtsinstitut der unvordenklichen Verjährung ersetzt. 140)

139) Maunz, aaO, S. 196 ff. - 209.

140) Zum Begriff der Widmung siehe Schallenberg, Die Widmung, zum Problem Widmung und unvordenkliche Verjährung, ebenda, S. 99 f., siehe auch Kodal, Straßenrecht, S. 160 f. und Zippelius, DöV 58, 838 ff. - 841 ff.

Das Wesen des Gemeingebrauchs erschöpft sich nicht in dem soeben geschilderten Rechtsverhältnis zwischen dem Wegeherrn und dem Eigentümer des Straßengrundstücks, zwei Rechtssubjekte, die in der Regel identisch sind. 141)

Es bleibt die Frage zu beantworten, welche Rechtsqualität dem Gemeingebrauch aus der Sicht der Straßenbenutzer beizumessen ist, insbesondere, ob der einzelne Straßenbenutzer ein wie auch immer geartetes Recht auf Teilhabe am Gemeingebrauch hat.

In Anlehnung an die entschwindende Genossenschaftsidee wurde dem einzelnen noch im ausgehenden 19. Jahrhundert ein "privates Recht auf Teilhabe am Gemeingebrauch" zugbilligt. Der zur Benutzung Berechtigte konnte annähernd dieselbe subjektivrechtliche Stellung beanspruchen, wie sie der Eigentümer gegenüber dem Eigentumsobjekt einnimmt. Der Gemeingebrauch stellte sich gleichsam als privates Sachenrecht dar. 142)

141) Eine Ausnahme von dieser Regel bildet der Fall, daß Wegeherr und Eigentümer des Straßengrundstücks auseinanderfallen.

142) Siehe Bartlsperger, Das Sachenrechtsverhältnis der öffentlichen Straßen, in: ders. - Blümel - Schroeter (Hrg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980, S. 13 ff.-31 f.

Dieses Recht unterlag jedoch zahlreichen Modifikationen und Einschränkungen, die sich nicht allein anhand der bestehenden partikularrechtlichen Unterschiede erklären lassen, sondern vielmehr auf die Schwierigkeiten bei der begrifflichen Erfassung des Wesens des Gemeingebruchs hindeuten. 143)

Mit der fortschreitenden Entwicklung der Wissenschaft vom öffentlichen Recht zu Beginn dieses Jahrhunderts verschaffte sich zunehmend die Auffassung Geltung, daß der Gemeingebruch öffentlich-rechtlichen Charakter aufweist. Daran schloß sich konsequenterweise die Frage an, ob dem einzelnen ein Anspruch auf Gemeingebruch im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts zusteht. 144) Ausgehend von der Vorstellung, daß der Gemeingebruch weniger eine rechtliche Befugnis als eine tatsächliche persönliche Möglichkeit des einzelnen darstellt, wurde ein subjektiv öffentliches Recht auf Gemeingebruch überwiegend abgelehnt.

143) Siehe die zahlreichen Nachweise bei Schelcher, aaO, S. 75 ff.

144) Zum Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts siehe bei Forsthoff I, § 10 (S. 185) mit Verweisungen, Henke, Das subjektive öffentliche Recht, 1968 und Bartlsperger, DVBl. 71, 723 ff.

Der Gemeingebrauch galt fortan als begünstigender Reflex objektiver Rechtsnormen, mithin als Auswirkung von Rechtsnormen, die den einzelnen faktisch begünstigen oder benachteiligen, ohne in den Bestand seiner Rechte positiv oder negativ einzugreifen. Die Ausübung des Gemeingebrauchs stellt sich somit als Ausfluß der natürlichen Freiheit des einzelnen dar. 145)

Mit dem Übergang vom Enummerationsprinzip zur Generalklausel im verwaltungsgerichtlichen Verfahren und unter dem Einfluß der Rechtsstaatlichkeit des Grundgesetzes erweiterte sich der Katalog klagbarer Rechte des Staatsbürgers. Die sog. Reflexe objektiven Rechts fanden zunehmend Anerkennung als subjektive öffentliche Rechte. Ihre (Nicht-)Gewährung konnte nunmehr dank der durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutzgarantie gerichtlich geltend gemacht werden. Die gewandelte Auffassung über das Wesen der subjektiven öffentlichen Rechte spiegelte sich alsbald auch in der Theorie über die Rechtsnatur des Gemeingebrauchs wider.

145) In diesem Sinne Otto Mayer, aaO, S. 142, Hatschek, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 211, Nebinger, Verwaltungsrecht Allg. Teil, S. 103.

Der Gemeingebrauch gilt nunmehr als subjektives öffentliches Recht. Träger dieses Rechts ist jedermann. Allerdings wird lediglich ein Rechtsanspruch auf Teilhabe am bestehenden Gemeingebrauch zuerkannt. Der einzelne verfügt über ein klagbares Recht darauf, daß er nicht daran gehindert wird, in erlaubtem Maße am Gemeingebrauch teilzunehmen. Ein Rechtsanspruch auf Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs besteht nicht. Das Recht auf Gemeingebrauch ist somit als Konkretisierung des allgemeinen Rechts auf ungehinderte Teilhabe an den jedermann gewährten staatlichen Leistungen zu verstehen. ¹⁴⁶⁾

b) Inhalt und Umfang

Die Bestimmung von Inhalt und Umfang des vor dem Inkrafttreten der neuen Straßengesetze maßgeblichen Gemeingebrauchsbegriffs ist nicht getrennt, sondern in einem vorzunehmen, da eine klare Unterscheidung zwischen diesen beiden Begriffsmerkmalen infolge fließender Grenzen wenig ergiebig erscheint.

146) Siehe E.R. Huber, DöV 55, 129 ff. - 130, Maunz, Öffentliche Sachen, S. 17 ff., v. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl., S. 159, Zippelius, DöV 58, 838 ff. - 848, Krause, Der Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen im neueren Verwaltungsrecht, Diss. Köln 1961, S. 86, Jesch, Jus 63, 213 ff. und Bartlsperger, Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung; abweichend: Franz Mayer, JuS 63, 205 ff.

Vorweg ist aber festzustellen, daß die inhaltliche Bestimmung des straßenrechtlichen Gemeingebruchs sich mehr auf den Begriffskern zu konzentrieren hat, während die umfängliche Determination vorwiegend der Abgrenzung zu anderen Formen der Straßenbenutzung dient und somit den Grenzbereich des Gemeingebruchs aufzeigen soll.

Den Kern des straßenrechtlichen Gemeingebruchsbegriffs bildete allzumal die verkehrsmäßige Straßenbenutzung im Sinne einer Ortsveränderung, wobei es freilich nicht darauf ankommt, daß die Straßenbenutzer ständig in Bewegung sind. Auch das untätige Verweilen auf der Straße gehört unstreitig zum Gemeingebruch.¹⁴⁷⁾ Ein inhaltliches Wesensmerkmal des Gemeingebruchs ist die freie Straßenbenutzung, die keiner besonderen Zulassung bedarf und zwar weder die des Straßeneigentümers noch die der Verwaltung. Hierüber herrschte stets Einigkeit in Schrifttum und Rechtsprechung. Dagegen wurde die Frage, ob zum Wesen des Gemeingebruchs die Unentgeltlichkeit gehört, kontrovers beantwortet. Bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts war es durchaus üblich, den Straßenbenutzern Maut, Straßen- und Brückenzölle abzuverlangen. Mit dem Wegfall der Zollschränken innerhalb des Reichsgebietes hat sich dieser Usus verloren.

147) Siehe Ganschezian-Finck, NJW 57, 285 ff. - 286.

Die Zulässigkeit von Wegegeldern ist seither nur mehr Gegenstand theoretischer Auseinandersetzung. Vor dem Erlaß der neuen Straßengesetze wurde im Schrifttum überwiegend die These von der Unentgeltlichkeit des Gemeingebrauchs vertreten. ¹⁴⁸⁾ Die gleiche Auffassung herrschte auch in der Rechtsprechung. ¹⁴⁹⁾

Eine weitere inhaltliche Bestimmung des Gemeingebrauchs findet durch die Widmung statt. Bei nichtgewidmeten, sog. tatsächlichen öffentlichen Wegen, erfüllt diese Funktion die von den Straßenbenutzern tatsächlich ausgeübte Nutzung, z.B. die Nutzung als Fuß-, Rad- oder Fahrweg.

- 148) Nebinger, aaO, S. 105, Hammes, Deutsche Verwaltung 50, 73, v. Rosen - v. Hoewel, Gebühren, Beiträge, Hand- und Spanndienst, S. 462; a.A.: Forsthoff, Verwaltungsrecht I, 7. Aufl., S. 339 m.w.N.
- 149) Urt. d. RG v. 16.5.1931, RGZ 132, 398 ff. - 402 und v. 7.2.1936, RGZ 150, 216 ff. - 218, Urt. d. BGH v. 18.11.1955, BGHZ 19, 85 ff. - 90, v. 14.7.1956, BGHZ 21, 319 ff. - 329, v. 19.12.1956, BGHZ 22, 395 ff. - 397 und v. 15.5.1957, NJW 57, 1396 ff. - 1397 sowie Urt. d. OVG Hamburg v. 19.11.1954, DöV 55, 151.

Die Widmung begrenzt den Gemeingebrauch aber zugleich auch umfänglich, da sie Nutzungen, die von ihr nicht erfaßt werden, einer anderen, nicht gemeingebrauchlichen Nutzungsform zuordnet. Freilich reicht die Widmung für sich allein nicht aus, um den Gemeingebrauchsbegriff voll zu erfassen, da sie zwar die zulässige Nutzungsart beschreibt, aber darüber nichts aussagt, welche konkreten Tätigkeiten diese Nutzungsart einschließt. Die beschränkte Aussagekraft der Widmung im Hinblick auf Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs erklärt sich daraus, daß es dem Gemeingebrauchsbegriff an klar umrissenen Konturen fehlt. Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs hängen weitgehend von den konkreten örtlichen Verhältnissen ab, dabei ist zwischen dem innerörtlichen Bereich und der freien Strecke zu unterscheiden.

- (1) Unter inner-örtlichem Gemeingebrauch ist die gemeingebrauchliche Straßenbenutzung innerhalb der "geschlossenen Ortslage" zu verstehen. Als geschlossene Ortslage bezeichnete man vor dem Inkrafttreten der neuen Straßengesetze den Teil des Gemeindebezirks, der in geschlossener oder offener Bauweise zusammenhängend mit Wohnhäusern, gewerblichen oder öffentlichen Bauten bedeckt war. Einzelne unbebaute Grundstücke, zur Bebauung ungeeignetes Land oder der Bebauung entzogenes Gelände oder einseitige Bebauung unterbrachen den Zusammenhang nicht.

Im Zuge von Ortsdurchfahrten, als den innerhalb der geschlossenen Ortslage liegenden Teilen von Straßen des überörtlichen Verkehrs, konnte Beginn und Ende der geschlossenen Ortslage in Zweifelsfällen auch durch die Straßenaufsichtsbehörde festgesetzt werden. ¹⁵⁰⁾ Der straßenrechtliche Begriff der geschlossenen Ortslage entsprach seinem Inhalt nach im wesentlichen dem Begriff "geschlossene Ortschaft" des Straßenverkehrsrechts, der ebenfalls an der zusammenhängenden Bebauung ausgerichtet war und durch die "Ortstafeln" begrenzt wurde. ¹⁵¹⁾ Infolge unterschiedlicher Zweckbestimmung der beiden Begriffe stimmten "geschlossene Ortslage" und "geschlossene Ortschaft" bei der Abgrenzung eines Straßenabschnitts zumeist nicht überein. Innerhalb der geschlossenen Ortschaft galt eine generelle Geschwindigkeitsbeschränkung für bestimmte Fahrzeuge. Die Ortstafeln wurden deshalb aus Gründen der Verkehrssicherheit vielfach außerhalb des Beginns der Bebauung gelegt.

150) Siehe § 13 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 der Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung v. 7.12.1934 (RGBl. I S. 1237). Die "Ortsdurchfahrtsgrenze" ist durch einen mit der Beschriftung "OD" versehenen Stein markiert.

151) § 9 Abs. 4 und 5 StVO i.d.F. v. 24.8.1953 (BGBl. I S. 1201) i.V.m. Bilder 37 und 38 der Anlage (BGBl. I S. 1213).

Dem Begriff geschlossene Ortslage kam neben der räumlichen Begrenzung der gemeindlichen Straßenbaulast namentlich insofern Bedeutung zu, als sich mit ihm stets die Vorstellung erweiterter Lasten und Befugnisse, insbesondere der Straßenanlieger verband. Der straßenrechtlich maßgebliche Begriff ist somit der Begriff geschlossene Ortslage.

Der Gemeingebrauch innerhalb der geschlossenen Ortslage erfuhr schon frühzeitig eine wesentliche Erweiterung durch die Recht-sprechung. Den Ausgangspunkt bildete eine grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts. Das Reichsgericht stellte fest, daß der Gemeingebrauch an der Straße nicht auf den so umschriebenen Verkehr im engsten Sinne beschränkt sei, sondern daß die Straße kraft ihrer öffentlichen Widmung auch sonstigem, allgemein ausgeübten Brauch zu dienen habe.¹⁵²⁾ Anlaß für diese Recht-sprechung war ein "Lichtreklamekasten", der in Berlin in der Leipziger Straße senkrecht zur Hauswand in einer Höhe von ca. 10 Metern über dem Gehsteig angebracht war und ca. 1,20 m in den Luftraum der Straße hineinragte.

152) Urt. d. RG v. 16.2.1929, RGZ 123, 181 ff. - 184, mit zustimmender Anmerkung von Neukamp, JW 1929, 1976, ablehnend Merkel, JW 1929, 2342.

Diese Außenwerbungsanlage zählte das Reichsgericht zum straßenrechtlichen Gemeingebrauch. Das Reichsgericht vertrat ferner die Auffassung, daß die Straßenanlieger aufgrund ihres räumlichen Verhältnisses zur Straße in gesteigertem Maße zu deren Benutzung imstande und auf deren Inanspruchnahme angewiesen sind. ¹⁵³⁾ An dieser Rechtssprechung zum Umfang des Gemeingebrauchs innerhalb der geschlossenen Ortslage hielt das Reichsgericht in einer Reihe weiterer Entscheidungen im wesentlichen fest und erachtete es sogar für möglich, daß "sich tatsächlich die Verkehrsanschauung und -übung herausgebildet hat, daß die zeitung- und zeitschriften-verkaufenden Straßenhändler auch einen festen Stand auf dem Bürgersteig an Stellen einnehmen, an denen dies mit dem Verkehr noch vereinbar ist." ¹⁵⁴⁾

153) Urt. d. RG, aaO.

154) Urt. d. RG v. 10.6.1929, RGZ 125, 108 ff. - 110, siehe auch Urt. d. RG v. 16.2.1929, RGZ 123, 187 ff., v. 16.5.1931, RGZ 132, 398 ff. und v. 7.2.1936, RGZ 150, 216 ff.

Das Reichsgericht leitete die Befugnis zu einer gesteigerten Inanspruchnahme der Straße durch Anlieger ursprünglich aus §§ 78 - 82 I 8 PrALR her, wonach Hauseigentümer Erker und in die Straße hineinragende Schilder anbringen und den Bürgersteig in bestimmtem Umfang ohne Erlaubnis des Straßeneigentümers nutzen dürfen. Freilich benötigten sie dafür eine verkehrspolizeiliche Erlaubnis. Das Reichsgericht hat demzufolge auch betont, daß die Befugnis der Anlieger stets den allgemeinen Anforderungen des Verkehrs weichen muß, wenn ihre Ausübung mit der Verkehrsentwicklung nicht mehr übereinstimmen sollte. ¹⁵⁵⁾ Damit sprach das Reichsgericht einen dem herkömmlichen Gemeingebrauch immanenten Grundsatz an, nämlich den Grundsatz der Verkehrsüblichkeit, der freilich erst im Zuge des sich langsam entwickelnden innerörtlichen Straßenverkehrs zum Tragen kommen konnte.

Die Befugnis der Straßenanlieger, die das am Straßengelände bestehende Privateigentum des Straßeneigentümers beschränkt, verstand das Reichsgericht stets als Ausfluß des Gemeingebruchs und nicht etwa als selbständiges, vom Gemeingebrauch abstrahiertes, Anliegerrecht.

155) Urt. d. RG v. 15.2.1929, RGZ 123, 181 ff. - 185.

Der BGH machte sich die vom Reichsgericht entwickelten Grundsätze zum Umfang des Gemeingebrauchs zu eigen. 156) Er stellte fest, daß die Widmung der Straße sich nach allgemeiner Auffassung auch auf die Erfüllung von Zwecken erstreckt, die sich erst im Zusammenhang mit der ursprünglichen Aufgabe der Straße als Verkehrsweg ergeben. Dies galt nach der Rechtsprechung des BGH vornehmlich für die Reklame der Straßenanlieger für eigene Zwecke. Der BGH ging sogar davon aus, daß sich für die deutschen Städte die allgemeine Auffassung durchgesetzt habe, daß Reklameankündigungen, die von den Häusern der Straßenanlieger aus in den Luftraum der Straße hinein stattfinden, vom Straßeneigentümer als Ausfluß des Gemeingebrauchs unentgeltlich zu dulden sind. 157)

Auch der BayVGH lehnte sich an die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Gemeingebrauch an und erachtete einen auf Privatgrund errichteten Tankarm, der nur vorübergehend zum Betanken von Kraftfahrzeugen in den Straßenraum geschwenkt wurde, ebenso als zum Gemeingebrauch gehörig, wie das Legen einer Holzbrücke über den Gehsteig zum Zwecke des Be- und Entladens von Fahrzeugen.

156) Urt. d. BGH v. 18.11.1955, BGHZ 19, 85 = NJW 56, 104 ff., v. 19.12.1956, BGHZ 22, 395 und v. 28.1.1957, BGHZ 23, 159.

157) Urt. d. BGH v. 19.12.1956, BGHZ 22, 395 ff. - 399.

Der BayVGH sah diese Straßenbenutzung als eine Verkehrshandlung an, welche die im Gemeingebrauch enthaltene Befugnis zur Güterbeförderung in neuzeitlicher Form zum Gegenstand habe. ¹⁵⁸⁾ In einer späteren Entscheidung bejahte dasselbe Gericht die Gemeingebrauchlichkeit bestimmter Anlagen, die als notwendiges Zubehör eines Anwesens zu gelten haben, selbst wenn sie geringfügig in den Luftraum über dem Wegegrundstück hineinragen. Hierzu zählten nach damaliger Auffassung des BayVGH insbesondere auch Tafel- und Schilderaufschriften an Häusern, nicht jedoch beispielsweise ein weit in den Luftraum hineinragendes Nasenschild. ¹⁵⁹⁾

Auch der VGH Stuttgart hatte sich mit Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs zu befassen. Er rechnete den Straßenhandel mit Zeitungen und Zeitschriften ohne feste Verkaufsstände noch zum Gemeingebrauch, wogegen die Aufstellung eines festen Verkaufsstandes als erlaubnispflichtige Sonderbenutzung öffentlicher Straßen eingestuft wurde. ¹⁶⁰⁾

158) Urt. d. BayVGH v. 20.12.1929, JW 1930, S. 2004 ff. = RVBl. 1930, S. 248 ff.

159) Urt. d. BayVGH v. 21.7.1933, VGH Bd. 54, S. 106 ff. - 110 f.

160) Urt. d. VGH Stuttgart v. 25.2.1953, Verw Rspr. Bd. 6, 570 ff. - 571.

In der Literatur hatte sich schon vor der grundsätzlichen Entscheidung des Reichsgerichts ¹⁶¹⁾ weitgehend die Auffassung durchgesetzt, daß mit der Benutzung der Straße zum Zwecke des öffentlichen Verkehrs der Inhalt des Gemeingebrauchs nicht erschöpft sei. Der erlaubnis- und gebührenfreie Gemeingebrauch umfaßte vielmehr jede Art der Betätigung auf und an dem Wege, die dem Gemeingebrauch aller übrigen und etwa bestehenden Rechten Dritter, also der "guten Ordnung" nicht zuwiderlief. Hierin zeichnete sich ein weiterer Grundsatz ab, der den Umfang des Gemeingebrauchs begrenzte. Es handelt sich dabei um das Merkmal der Gemeinverträglichkeit. ¹⁶²⁾ Auch in späteren Veröffentlichungen erfuhr die Rechtssprechung des Reichsgerichts zum Gemeingebrauch vorwiegend Zustimmung. ¹⁶³⁾

161) Siehe Anm. 152.

162) Schelcher, Der öffentliche Weg und seine Bedeutung, S. 89 ff., siehe auch Stammler, Das Recht des Gebrauchs öffentlicher Straßen, GruchBeitr. 70 (1929), 129 ff., Otto Mayer, aaO, S. 145 ff., Fleiner, Institutionen, S. 378, siehe ferner zum Begriff der Gemeinverträglichkeit Scheuner, Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebrauchs und der Nutzung öffentlicher Sachen, S. 73 ff. und Petersen, aaO, S. 74 ff.

163) Georg Schmid, Das öffentliche Wegerecht in Württemberg, S. 100 ff. - 116 ff., Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 210 ff., ablehnend: Merkel, JW 1929, 342.

Ungeachtet einzelner lokaler Abweichungen kann somit gesagt werden, daß vor dem Inkrafttreten des neuen Straßenrechts die allgemeine Rechtsauffassung maßgeblich war, daß der innerörtliche Gemeingebrauch als die erlaubnis- und gebührenfreie Befugnis zur verkehrsmäßigen Benutzung öffentlicher Straßen im Rahmen ihrer Widmung auch die sich aus den besonderen Möglichkeiten und Bedürfnissen der Anlieger ergebenden Nutzungen der Straße erfaßte, sofern diese verkehrsüblich und gemeinverträglich waren. ¹⁶⁴⁾ Übereinstimmung herrschte insbesondere darüber, daß die Grenzen des zulässigen innerörtlichen Gemeingebrauchs nicht ein für alle Mal feststanden, vielmehr örtlich und nach der Entwicklung der Verkehrsverhältnisse verschieden waren.

- (2) Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs auf freier Strecke waren allenfalls in nicht erwähnenswerter Weise Gegenstand juristischer Auseinandersetzungen. Die verkehrsmäßige Straßenbenutzung im Sinne einer Ortsveränderung stand hier naturgemäß weit mehr im Vordergrund als innerhalb der geschlossenen Ortslage.

164) Maurer, DöV 75, 217 ff. -
219 m.w.N.

Auf freier Strecke bestand kein dem innerörtlichen Bereich vergleichbares Bedürfnis der Straßenbenutzer nach Kommunikation. Deshalb hat sich auch keine tatsächliche Übung herausgebildet, die eine Ausdehnung des Gemeingebrauchs-begriffs über die Benutzung der Straße zum Verkehr hinaus bzw. ein Verbot außerverkehrlicher Straßenbenutzung erforderlich gemacht hätte.¹⁶⁵⁾ Im übrigen galten die gleichen Schranken des Gemeingebrauchs, nämlich Widmung, Verkehrsüblichkeit und Gemeinverträglichkeit.

2. Der Anliegergebrauch

Eine besondere Befugnis der Straßenanlieger, die Straße in einem gesteigerten Maße zu nutzen, der sogenannte Anliegergebrauch, auch Anliegernutzung und gesteigerter Gemeingebrauch genannt,¹⁶⁶⁾ fand - wie bereits erörtert - zwar allgemeine Anerkennung. Der Anliegergebrauch war aber seinem Wesen nach kein vom Gemeingebrauch losgelöstes eigenständiges Rechtsinstitut des "früheren Straßenrechts."

165) Noch im Jahre 1937 sah sich der Gesetzgeber offenbar nicht genötigt, ein ausdrückliches Verbot der Werbung auf freier Strecke in die StVO aufzunehmen. Eine derartige Regelung traf erst § 42 Abs. 1 StVO v. 24.8.1953 (BGBl. I S. 1201).

166) Merkel, JW 1929, 2342, Maurer, DöV 75, 217 ff., Raps, Der Anliegergebrauch im Wegerecht, Diss. Würzburg 1975, S. 66 f.

Zwischen Gemeingebrauch und Anliegergebrauch bestand kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer Unterschied.¹⁶⁷⁾ Der Anliegergebrauch des früheren Straßenrechts ist seinem Wesen nach ein Gemeingebrauch der Straße, der jedermann freistehen würde, wenn er zu dieser Nutzung tatsächlich imstande wäre. Aufgrund der Lage ihrer Grundstücke - ein rein tatsächlicher Umstand - besitzen Anlieger die Möglichkeit, den Gemeingebrauch in eben dieser spezifischen Weise auszuüben, wie vergleichsweise jemand die Straße zu befahren nur in der Lage ist, wenn er über ein Fahrzeug verfügt. Der Anliegergebrauch wurde nicht als besonderes Straßenbenutzungsrecht anerkannt. Er galt als Gemeingebrauch, auch wenn Anlieger mehr als andere Straßenbenutzer an dieser besonderen Form der Benutzung öffentlicher Straßen interessiert, ja sogar wirtschaftlich davon abhängig waren. Ausgehend von dieser rechtlichen Qualifizierung des Anliegergebrauchs mußte es inkonsequent erscheinen, Straßenanliegern bei der Änderung oder Einziehung von Straßen gegenüber Nichtanliegern eine Sonderstellung einzuräumen.

167) v. Blume, Das Recht der Anlieger an öffentlichen Straßen, S. 20, Schelcher, aaO, S. 92, siehe hierzu auch Raps, aaO, m. zahlr. Nachweisen.

Die Sonderstellung der Anlieger kam dadurch zum Ausdruck, daß man glaubte, Anliegern in solchen Fällen eine Entschädigung gewähren zu müssen. ¹⁶⁸⁾ Den Grund für eine Bevorzugung der Anlieger erblickte man in der Wertminderung der Anliegergrundstücke im Falle einer Veränderung oder Einziehung der Straße.

Ursprünglich stützte die Rechtsprechung den Anspruch auf Ersatz eines durch Einziehung oder Änderung der Straße entstandenen Schadens der Anlieger auf allgemein staatsrechtliche Gesichtspunkte. Sie gründeten in der Überlegung, daß der Staat zur Schadenshaltung der Betroffenen verpflichtet sei, wenn er sein Recht zur Realisierung des Staatszwecks mittels Eingriffs in das Privateigentum ausübe. ¹⁶⁹⁾ Daneben fand sich auch die Konstruktion eines "stillschweigenden Garantieversprechens", das die Gemeinde dem Anlieger hingebe, wenn dieser an einer Gemeindestraße anbaue.

4

168) Siehe statt vieler v. Germershausen, Wegerecht, Bd. I, S. 124.

169) Siehe die Nachweise bei Schelcher, Die Entschädigung des Straßenanliegers, S. 4, zur früheren Rechtsprechung siehe v. Blume, aaO, S. 4 ff.

Die Änderung oder Einziehung der Straße verletze dieses Versprechen und löse einen Entschädigungsanspruch aus. ¹⁷⁰⁾
Das Reichsgericht stützte den Anspruch der Straßenanlieger nicht auf allgemeine Grundsätze, sondern begründete ihn für den Geltungsbereich des preußischen Rechts mit einer stillschweigenden auf Vertrag beruhenden "Anliegerservitut" am Straßengrund. ¹⁷¹⁾ Die Auffassung von der Anliegerservitut wandelte sich in der Rechtsprechung des Reichsgerichts im Laufe der Zeit über die Vorstellung eines "servitutähnlichen Rechts" ¹⁷²⁾ zu einem "Recht des Anliegers auf Erhaltung des Zugangs von und zu der Straße zu Fuß und zu Wagen und auf Erhaltung der Möglichkeit des Zutritts von Licht und Luft zu den an der Straße errichteten Gebäuden. ¹⁷³⁾

170) In diesem Sinne das Oberappellationsgericht Rostock, Erk. v. 12.1.1865, SeuffArch. 22 Nr. 144.

171) Siehe die Nachweise bei Germershausen, aaO, S. 116 ff. - 119, ferner Urt. d. RG v. 7.3.1882, RGZ 7, 213 ff., v. 13.2.1883, RGZ 10, 271 ff. und v. 18.4.1899, RGZ 44, 282 ff.

172) Urt. d. RG v. 2.12.1908, RGZ 70, 77 ff.

173) Urt. d. RG v. 13.7.1934, RGZ 145, 107 ff. - 113, in diesem Sinne auch Germershausen, aaO, S. 124.

Der BGH übernahm die Rechtsprechung des Reichsgerichts unter Zugrundelegung eines Eigentumsbegriffs, den er selbst herausgebildet hatte. ¹⁷⁴⁾ Der BGH sprach Straßenanliegern zwar kein Recht zu auf das Fortbestehen von Vorteilen, die sich lediglich aus einer bestimmten Verkehrslage ergeben, er bejahte jedoch einen Entschädigungsanspruch, wenn Anliegern ein "besonderes persönliches Opfer auferlegt wird, d.h., wenn die Benutzbarkeit und die Verwertbarkeit ihrer Rechte (z.B. Gewerbebetrieb) zwar nicht ausgeschlossen, wohl aber erheblich beeinträchtigt wird." ¹⁷⁵⁾

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH machen deutlich, daß das "Recht" der Anlieger weniger ein Recht zum besonderen Gebrauch der Straße verkörperte, sondern daß es sich lediglich um eine rechtlich geschützte eigentumsähnliche Position handelte. Das "Anliegerrecht" gewährte dem Anlieger nicht eine besondere rechtliche Befugnis, ja nicht einmal Schutz vor staatlichen Eingriffen, sondern - unter bestimmten Voraussetzungen - lediglich einen Anspruch auf Entschädigung. ¹⁷⁶⁾

174) Der BGH unterstellte "jedes vermögenswerte Recht" dem Schutz der Eigentums-garantie des Art. 14 GG (grundlegend hierzu Urt. d. BGH v. 10.6.1952, BGHZ 6, 270 ff.).

175) Urt. d. BGH v. 22.12.1952, BGHZ 8, 273 ff. - 275.

176) Zutreffend bezeichnet Schelcher die Anliegerrechte als "Handhabe,

Die Änderung oder Einziehung der Straße verletze dieses Versprechen und löse einen Entschädigungsanspruch aus. ¹⁷⁰⁾

Das Reichsgericht stützte den Anspruch der Straßenanlieger nicht auf allgemeine Grundsätze, sondern begründete ihn für den Geltungsbereich des preußischen Rechts mit einer stillschweigenden auf Vertrag beruhenden "Anliegerservitut" am Straßengrund. ¹⁷¹⁾ Die Auffassung von der Anliegerservitut wandelte sich in der Rechtsprechung des Reichsgerichts im Laufe der Zeit über die Vorstellung eines "servitutähnlichen Rechts" ¹⁷²⁾ zu einem "Recht des Anliegers auf Erhaltung des Zugangs von und zu der Straße zu Fuß und zu Wagen und auf Erhaltung der Möglichkeit des Zutritts von Licht und Luft zu den an der Straße errichteten Gebäuden. ¹⁷³⁾

170) In diesem Sinne das Oberappellationsgericht Rostock, Erk. v. 12.1.1865, SeuffArch. 22 Nr. 144.

171) Siehe die Nachweise bei Germershausen, aaO, S. 116 ff. - 119, ferner Urt. d. RG v. 7.3.1882, RGZ 7, 213 ff., v. 13.2.1883, RGZ 10, 271 ff. und v. 18.4.1899, RGZ 44, 282 ff.

172) Urt. d. RG v. 2.12.1908, RGZ 70, 77 ff.

173) Urt. d. RG v. 13.7.1934, RGZ 145, 107 ff. - 113, in diesem Sinne auch Germershausen, aaO, S. 124.

Der BGH übernahm die Rechtsprechung des Reichsgerichts unter Zugrundelegung eines Eigentumsbegriffs, den er selbst herausgebildet hatte. ¹⁷⁴⁾ Der BGH sprach Straßenanliegern zwar kein Recht zu auf das Fortbestehen von Vorteilen, die sich lediglich aus einer bestimmten Verkehrslage ergeben, er bejahte jedoch einen Entschädigungsanspruch, wenn Anliegern ein "besonderes persönliches Opfer auferlegt wird, d.h., wenn die Benutzbarkeit und die Verwertbarkeit ihrer Rechte (z.B. Gewerbebetrieb) zwar nicht ausgeschlossen, wohl aber erheblich beeinträchtigt wird." ¹⁷⁵⁾

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH machen deutlich, daß das "Recht" der Anlieger weniger ein Recht zum besonderen Gebrauch der Straße verkörperte, sondern daß es sich lediglich um eine rechtlich geschützte eigentumsähnliche Position handelte. Das "Anliegerrecht" gewährte dem Anlieger nicht eine besondere rechtliche Befugnis, ja nicht einmal Schutz vor staatlichen Eingriffen, sondern - unter bestimmten Voraussetzungen - lediglich einen Anspruch auf Entschädigung. ¹⁷⁶⁾

174) Der BGH unterstellte "jedes vermögenswerte Recht" dem Schutz der Eigentums-garantie des Art. 14 GG (grundlegend hierzu Urt. d. BGH v. 10.6.1952, BGHZ 6, 270 ff.).

175) Urt. d. BGH v. 22.12.1952, BGHZ 8, 273 ff. - 275.

176) Zutreffend bezeichnet Schelcher die Anliegerrechte als "Handhabe,

3. Die Sondernutzung

Die Benutzung öffentlicher Straßen im Rahmen des zulässigen Gemeingebruchs war von alters her nicht die einzige Art der Straßenbenutzung. ¹⁷⁷⁾ Der Gebrauch öffentlicher Straßen über den Gemeingebruch hinaus wird als Sondergebrauch, Sonderbenutzung oder auch als Sondernutzung bezeichnet. Wurde die Rechtsnatur des Gemeingebruchs vor Erlass der neuen Straßengesetze allgemein als öffentlich-rechtliche Befugnis anerkannt, so hatte sich als Folge der dualistischen Struktur des Rechtsstatus der öffentlichen Straßen die Vorstellung von einer gemischtrechtlichen Konstruktion der Sondernutzung durchgesetzt. Diese zeichnet sich dadurch aus, daß im Bereich der straßenrechtlichen Sondernutzung öffentliches Recht und Privatrecht nebeneinander Anwendung finden. ¹⁷⁸⁾

Zu 176) um dem bei Aufhebung oder Veränderung der Straße in seinem Vermögen geschädigten Anlieger einen Entschädigungsanspruch zu gewähren, den man auf andere Weise nicht zu konstruieren vermag" (Schelcher, Der öffentliche Weg, S. 93), in diesem Sinne auch Otto Mayer, aaO, S. 164, Germershausen, aaO, S. 120 und v. Blume, Das Recht der Anlieger an öffentlichen Straßen, 1900, S. 14.

177) Einmal mehr sei hier an Otto Mayer erinnert: "Droschkenhaltestellen werden eingeräumt, Zeitungskioske, Sodawassertrinkhallen, Backwarenstände und andere Verkaufsbuden dürfen sich dort niederlassen. Der Marktverkehr wird gestattet, weitere Benutzungen dieser Art, zeitweilig kommen noch Meßbuden, Schauzelte, Karussells und andere Vergnügungseinrichtungen dazu" (Otto Mayer, aaO, S. 166).

Einhellig war anerkannt, daß die über den Gemeingegebrauch hinausgehende Straßenbenutzung nicht als Ausfluß der persönlichen Freiheit gewährt wurde, sondern auf besonderer Zulassung beruhte, die herkömmlich in zwei unterschiedlichen Formen erteilt wurde.

a) Die Gebrauchserlaubnis

Straßenbenutzungen von vorübergehender Dauer, die über den Gemeingegebrauch hinausgehen, wurden früher "schlichter Sondergebrauch" genannt. Sie bedurften der Erlaubnis der Wegepolizei. Die "Gebrauchserlaubnis" räumte dem einzelnen die Befugnis ein, die Straße an einer bestimmten Stelle in besonderem Maße in Anspruch zu nehmen. So wurde z.B. das Aufstellen eines Zeitungsverkaufsstandes oder das Lagern von Baumaterial auf dem Gehsteig im Wege der Erteilung einer Gebrauchserlaubnis gestattet. Unterschiedliche Auffassungen herrschten indessen darüber, ob für Straßenbenutzungen, wie den soeben genannten, neben der Gebrauchserlaubnis die Zustimmung des Eigentümers des Straßengrundstücks erforderlich war. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ¹⁷⁸⁾ bedurften Straßenbenutzungen, die über den Gemeingegebrauch hinausgingen, auch der Zustimmung des Straßeneigentümers.

178) Zu den Unterschieden innerhalb der gemischtrechtlichen Theorie und deren Anhänger siehe bei Volkmar, Grundzüge des Sondernutzungsrechts, S. 16 ff. - 20, dort Anm. 5.

179) Urt. d. RG v. 21.9.1898, RGZ 42, 205 ff. - 208.

Diese Auffassung wird im Lichte der überkommenen Theorie vom modifizierten Privateigentum verständlich. Danach umfaßt die Zweckbestimmung öffentlicher Straßen lediglich die gemeingebräuchliche Benutzung. Nutzungen, die den Gemeingebrauch übersteigen, beeinträchtigen das private Resteigentum des Straßeneigentümers und bedürfen dessen Zustimmung.

Im Schrifttum überwog hingegen die Auffassung, daß der Sondergebrauch aufgrund einer Gebrauchserlaubnis ein Zurücktreten des Straßeneigentums zur Folge hatte.¹⁸⁰⁾ Die Vertreter dieser Meinung gingen davon aus, daß die Zweckbestimmung der öffentlichen Straßen nicht nur den Gemeingebrauch, sondern auch darüber hinausgehende Nutzungsformen umfaßte, deren Ausübung von einer Zustimmung des Straßeneigentümers unabhängig war.

Die theoretische Auseinandersetzung hierüber verlor mit der im Jahre 1934 einsetzenden Neuregelung des Straßenswesens mehr und mehr an praktischer Bedeutung.

180) In diesem Sinne Peters, aaO, S. 211 sowie Nebinger, aaO, S. 111; siehe hierzu auch Volkmar, aaO, S. 22 ff.

Der Gesetzgeber übertrug die Rechte, die sich aus dem Eigentum der Straße ergaben, der Ausübung nach vom Zeitpunkt der Übernahme der Straßenlast an dem jeweiligen Straßenbaulastträger. 181) Dadurch wurden privatrechtliche und öffentlichrechtliche Herrschaftsbefugnisse an der Straße in der Hand des Wegeherrn vereint. Die Gebrauchserlaubnis war jederzeit widerruflich und begründete kein subjektives öffentliches Recht des Erlaubnisnehmers. Im heutigen Sprachgebrauch würde man sie als "polizeiliche Unbedenklichkeitsbescheinigung" bezeichnen. Für die Erteilung der Erlaubnis konnte die zuständige Behörde eine Verwaltungsgebühr erheben. Besondere Benutzungsgebühren konnten nach damaliger Auffassung mangels einer Gegenleistung des Straßenherren nicht verlangt werden. 182) Übermäßige Straßenbenutzungen, die negative Auswirkungen auf den Straßenverkehr erwarten ließen, bedurften zusätzlich der Erlaubnis durch die Verkehrspolizeibehörden. 183)

181) § 3 Abs. 1 Gesetz über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung (StrRegG) v. 26.3.1934 (RGBl. I S. 243).

182) Nebinger, aaO, S. 112.

183) Gemäß § 5 StVO v. 13.11.1937 (RGBl. I S. 1179) zählten zur übermäßigen Straßenbenutzung z.B. Fahrzeugkolonnen, Fahrzeuge mit Überbreite und der Betrieb von Lautsprechern auf der Straße.

b) Die Nutzungsverleihung

Die Einräumung von Sonderbenutzungsrechten, die den Gemeingebrauch überschritten, geschah vor dem Inkrafttreten der neuen Straßengesetze im Wege einer "Nutzungsverleihung". Für diese Form der Straßenbenutzung wurde auch häufig die Bezeichnung gesteigerter Sondergebrauch verwendet. Von der Gebrauchserlaubnis unterschied sich die Nutzungsverleihung insbesondere dadurch, daß sie dem Begünstigten ein subjektives öffentliches Nutzungsrecht an der öffentlichen Straße gewährte. Ein privates dingliches Recht am Straßengrund vermittelte die Nutzungsverleihung ebensowenig wie die Gebrauchserlaubnis. Die Rechtsstellung des Inhabers einer Nutzungsverleihung war wesentlich stärker als die des Erlaubnisnehmers, denn das Recht war nicht frei widerruflich. Es wurde daher nur eingeräumt, wenn dem Begünstigten aufgrund des Umfangs seiner Aufwendungen eine ungesicherte Rechtsstellung nicht zumutbar war. Als Beispiel hierfür mag die Verlegung von Eisenbahnschienen in der Straße dienen. Die Nutzungsverleihung besaß die rechtlichen Merkmale einer Konzession und erhielt demnach auch die Bezeichnung "Wegekonzession". 184)

184) Siehe hierzu E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd. 2. Aufl., S. 567 ff., Stern, AöR 84 (1959), 137 ff. - 273 ff. und Bartlsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 43 ff.

Sie wurde von den staatlichen Wegepolizeibehörden nach freiem Ermessen erteilt. Daneben hielt man die Zustimmung des Wegeunterhaltungspflichtigen für erforderlich, denn die Zulassung dieser Benutzungsform konnte zu einer stärkeren Inanspruchnahme der Straße führen und eine Erhöhung der Unterhaltskosten nach sich ziehen. ¹⁸⁵⁾ Der gesonderten Zustimmung des Wegeunterhaltungspflichtigen kam nur dann eine eigenständige Bedeutung zu, wenn die Befugnisse der Wegepolizei und die Pflicht zur Unterhaltung der Straße nicht in der Hand eines Hoheitsträgers vereint waren. Unterschiedlich wurde die Frage beantwortet, ob zusätzlich die Zustimmung des Straßeneigentümers einzuholen war. ¹⁸⁶⁾ Dabei spielte der dogmatische Ansatz bei der Beurteilung des Rechtsstatus öffentlicher Straßen eine entscheidende Rolle. Nach der Lehre vom öffentlichen Eigentum entfiel selbstverständlich die Zustimmung des Straßeneigentümers. Das öffentliche Eigentum verdrängt das Privateigentum völlig, so daß für eine Zustimmung des Eigentümers kein Raum mehr verbleibt. ¹⁸⁷⁾

185) Volkmar, aaO, S. 25, E.R. Huber, aaO, S. 569.

186) Siehe die Zusammenfassung bei Schack, VerwArch. 54 (1963) 43 ff.

187) Otto Mayer, aaO, S. 71 ff. - 117, in diesem Sinne auch Thoma, AöR 38 (1919) 311 ff.

Die überwiegende Meinung ging jedoch davon aus, daß die öffentliche Zweckbestimmung der Straße das Privateigentum nicht schlechthin vernichtet. Diese Einigkeit ging aber bereits bei der Gewichtung von Straßeneigentum und öffentlich-rechtlicher Belastung verloren.¹⁸⁸⁾ So erblickten die Anhänger einer vorwiegend privatrechtlichen Vorstellungen verhafteten Theorie in der Zustimmung des Straßeneigentümers zur gemeingebrauchsüberschreitenden Straßenbenutzung den eigentlichen rechtsbegründeten Akt der Sondernutzung, während die Beteiligung des Wegeherren und des Unterhaltspflichtigen nur als zweitrangig erachtet wurden.¹⁸⁹⁾ Diese Auffassung steht der Lehre Otto Mayers vom öffentlichen Eigentum diametral gegenüber. Die vor Erlaß der neuen Straßengesetze maßgebliche Auffassung kann indessen dahingehend zusammengefaßt werden, daß sie unter Zugrundelegung der Theorie vom modifizierten Privateigentum die Willenserklärungen des Wegeherrn, des Unterhaltspflichtigen und des Straßeneigentümers bei der Erteilung eines Sondernutzungsrechts für notwendig hielt.

188) Siehe hierzu Volkmar, aaO, S. 16 ff. m. zahlr. Nachweisen.

189) In diesem Sinne Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 97.

Die öffentlichrechtlichen Akte wurden gegenüber der privatrechtlichen Willenserklärung des Straßeneigentümers als vorrangig beurteilt, so daß der Sonderbenutzung insgesamt öffentlichrechtlicher Charakter zukam.¹⁹⁰⁾ Der Gebrauch der Straße, der durch eine Nutzungsverleihung eingeräumt wurde, konnte von einer wiederkehrenden Benutzungsgebühr abhängig gemacht werden. Daneben war die Erhebung einer einmaligen Verwaltungsgebühr zulässig. Die Benutzungsgebühr erhielt auch die Bezeichnung "Anerkennungsgebühr". Sie hatte den Charakter einer Konzessionsabgabe¹⁹¹⁾ und floß dem Straßenherrschaft als öffentlichrechtliches Entgelt für die Verleihung des Gebrauchsrechts zu. Ihre Höhe bemaß sich nach dem wirtschaftlichen Vorteil, den der Inhaber der Nutzungsverleihung durch die Sonderbenutzung erzielte.

c) Die vertragliche Sondernutzung

Eine besondere Form der Einräumung von Straßenbenutzungsrechten hatte sich im früheren Straßenrecht mit der Praxis der "straßenrechtlichen Konzessionsverträge" entwickelt.

190) In diesem Sinne Schack, aaO, S. 51 f.m. zahlr. Nachweisen aus Schrifttum und Rechtsprechung.

191) Marschall-Schroeter-Kastner, FStrG, § 8 Rdnr. 4, zum Begriff der Konzessionsabgaben, siehe auch Sommer, DVBl. 51, 227.

Wurde die Befugnis zur gemeingebrauchs-
überschreitenden Straßenbenutzung
regelmäßig im Wege einseitiger Ge-
stattungen durch den Straßenherrn,
Unterhaltungspflichtigen und Straßen-
eigentümer verliehen, so hatte sich
für die Benutzung öffentlicher Straßen
zum Zwecke der Verlegung von Versorgungs-
leitungen durch Versorgungsunternehmen
eine vertragliche Übung herausgebildet.
Dies ist insbesondere darauf zurückzu-
führen, daß sich Energieversorgungs-
unternehmen nicht in einer ebenso
günstigen Lage befanden wie z.B. die
Post, die den Straßenkörper und den
Straßenraum zur Verlegung ihrer Leitun-
gen aufgrund der "Telegraphenpflichtig-
keit" ¹⁹²⁾ öffentlicher Straßen für
Fernsprech- und Telegraphenleitungen
in Anspruch nehmen konnte. Die Energie-
versorgungsunternehmen waren vielmehr
stets darauf angewiesen, mit dem Straßen-
eigentümer einen Vertrag abzuschließen,
der die Benutzung der Straße für Zwecke
der Verlegung von Energieversorgungs-
leitungen zum Gegenstand hatte.

192) Unter Telegraphenpflichtigkeit ist
die öffentlichrechtliche Belastung
öffentlicher Straßen zu verstehen,
die durch das TWG zugunsten der
Telegraphenverwaltung begründet wird.
Zur Rechtsnatur des Fernmeldeleitungs-
rechts siehe Germershausen, PrVB1. 21
(1900) 177 ff. - 178 und Schelcher,
FischersZ 21 (1900) 13, 61 ff.

Der "Konzessionsvertrag" zwischen Straßeneigentümer und Energieversorgungsunternehmen reichte für die Benutzung der Straße aber nicht aus. Es bedurfte zusätzlich der Verleihung der Wegekonzession durch die Wegeaufsichtsbehörde und der Zustimmung des Unterhaltspflichtigen.¹⁹³⁾ Die Rechtsnatur der Konzessionsverträge, die zutreffender mit der Bezeichnung "Wegebennutzungsverträge" benannt werden,¹⁹⁴⁾ wurde im energiewirtschaftlichen Schrifttum unter dem dort besonders ausgeprägten Einfluß der privatrechtlichen Sondernutzungstheorie¹⁹⁵⁾ überwiegend als privatrechtlich angesehen.¹⁹⁶⁾

Eine ähnliche Sonderstellung wie die Konzessionsverträge im Bereich der Versorgungswirtschaft nahmen die "straßenrechtlichen Werbepachtverträge" ein.¹⁹⁷⁾

193) E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 572.

194) Stern weist überzeugend nach, daß die Bezeichnung Konzessionsvertrag nicht gerechtfertigt ist, sondern sogar irreführend sei (Stern, AöR 84 (1959) 137 ff. - 273 ff.), siehe hierzu auch Schack, VerwArch. 54 (1963) 43 ff. - 53 ff.

195) Zur Sondernutzungstheorie mit Prävalenz des bürgerlichen Rechts siehe bei Volkmar, aaO, 18 ff.

196) Siehe die Nachweise bei Schack, aaO, S. 44, Anm. 8.

197) Siehe hierzu Bartlsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 39 ff.

Ihr Ursprung liegt in der Regelung des Plakatanschlags an den sogenannten Litfaß-Säulen in Berlin im Jahre 1855. Mit dem Ziel, den Wildanschlag einzudämmen, verbot eine Polizeiverordnung den Anschlag auf öffentlichen Plätzen, Straßen und Wegen an anderen Orten als den Anschlagsäulen des Buchdruckereibesitzers und Buchhändlers Ernst Litfaß. Diesem wurde in einem vorausgehenden Konzessionsvertrag die Befugnis zur Errichtung einer bestimmten Anzahl von Anschlagsäulen auf den in privatem Eigentum der Stadt Berlin stehenden Straßen, Wegen und Plätzen "zwecks unentgeltlicher Aufnahme der Plakate öffentlicher Behörden und gewerbsmäßiger Veröffentlichung von Privatanzeigen" eingeräumt.¹⁹⁸⁾ Dieser Wegekonzessionsvertrag und die noch am umfassenden wohlfahrtsstaatlichen Polizeibegriff¹⁹⁹⁾ ausgerichtete Polizeiverordnung bildeten einen einheitlichen Gesamttakt zur Regelung der Außenwerbung, der sicherheitspolizeiliche und privatrechtliche Elemente aufwies.

198) Zankl, Erfolgreich plakatieren, S. 32 ff.

199) Siehe hierzu bei Samper, Kommentar zum Bayerischen Polizeiaufgabengesetz, Art. 1 Rdnr. 2 ff., 4 (S. 36 ff.), Schiederemair, Einführung in das bayerische Polizeirecht, 1961, S. 18 ff. - 21.

Mit der Zurückführung der Polizeibefugnisse vom umfassenden wohlfahrtsstaatlichen Kompetenzbereich auf die Wahrnehmung von Aufgaben der Gefahrenabwehr²⁰⁰⁾ erfuhren die Wegekonzessionsverträge eine Erweiterung und Funktionalisierung zu spezifisch werberechtlichen Konzessionsverträgen. Die Gemeinden betrachteten die Vergabe von Werbenutzungsrechten an ihrem Grund und Boden als zur Fiskalverwaltung gehörig.²⁰¹⁾ Diese Entwicklung führte zu einer privatrechtlichen Konstruktion der Werbenutzungsverträge und läßt deren Bezeichnung als Werbepachtverträge aus historischer Sicht verständlich werden.

200) Den Ausgangspunkt dieser Entwicklung bildete das "Kreuzbergurteil" des PrOVG v. 14.6.1872. Das PrOVG erklärte eine lediglich zum Schutze der Aussicht auf ein Kriegerdenkmal, d.h. aus ästhetischen Gründen erlassene Polizeiverordnung wegen Überschreitung der polizeilichen Kompetenz für ungültig. Siehe hierzu Samper, aaO, Rdnr. 4, Schiedermaier, aaO, S. 23 sowie Unruh, DVBl. 72, 469 ff.

201) Bartlsperger, aaO, S. 69 f.

Im übrigen galten für das vertragliche Sondernutzungsrecht im wesentlichen die zum Begriff der Nutzungsverleihung dargelegten Rechtsgrundsätze. Die Erteilung der Konzession lag im Ermessen der zuständigen Behörde, ein Anspruch auf Abschluß eines Konzessionsvertrages bestand nicht. Der Konzessionär hatte neben der Gebühr für die Erteilung der Konzession regelmäßig auch eine Wegebenutzungsgebühr zu entrichten. Außerdem enthielten die Wegekonzessionsverträge üblicherweise Kontrahierungs- und Betriebspflichten des Konzessionärs. 202)

II. Die Eingliederung der Anliegerwerbung in die Benutzungsordnung des früheren Straßenrechts

Die vorstehenden Darlegungen zur straßenrechtlichen Benutzungsordnung im früheren Straßenrecht haben gezeigt, daß sich in Rechtsprechung und Literatur ein sehr weitgespannter Gemeingebrauchsbegriff Geltung verschafft hatte. Die ganz überwiegende Mehrheit der Straßenbenutzungsvorgänge zählte deshalb zu dieser Gebrauchsart. Nicht zu Unrecht wurde daher die Unterstellung öffentlicher Wege unter den Gemeingebrauch als deren "vornehmste Eigenschaft" herausgestellt. 203)

202) Ausführlich hierzu E.R. Huber, aaO, S. 573 ff. und Bartlsperger, aaO, S. 125 ff.

203) H. Schelcher, Der öffentliche Weg und seine Bedeutung, S. 98.

Die Vorherrschaft des Gemeingebruchs bei der Straßenbenutzung erstreckte sich nicht nur auf die verkehrsmäßige Benutzung. Der Gemeingebruch als straßenrechtliche Benutzungsform dominierte auch in dem Bereich, der nunmehr als Kommunikation bezeichnet wird. ²⁰⁴⁾ Dem Anliegergebrauch kam daneben aus institutioneller Sicht keine eigenständige Bedeutung zu. Diese Feststellung kann auch für die Außenwerbung an öffentlichen Straßen uneingeschränkt Geltung beanspruchen. Straßenrechtlich relevante Vorgänge der Außenwerbung vollzogen sich ganz überwiegend im Bereich des Gemeingebruchs. Dies galt insbesondere auch für die Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung. Soweit Vorgänge der Anliegerwerbung den sehr weit gespannten Rahmen des Gemeingebruchs ausnahmsweise überschritten, gehörten sie zur Sondernutzung und bedurften dann - als schlichter Sondergebrauch - einer polizeilichen Erlaubnis. Fälle, in denen Außenwerbung im Rahmen einer Nutzungsverleihung ²⁰⁵⁾ betrieben wurde, sind nicht bekannt. Sie bildeten allenfalls eine kaum nennenswerte Anzahl von Ausnahmen.

204) Unter Kommunikationsfunktion öffentlicher Straßen versteht man deren Eigenschaft, außerverkehrlichen Zwecken z.B. der Information, dem Meinungsaustausch, der Kundgabe politischer und religiöser Ansichten sowie der Wirtschaftswerbung zu dienen. Siehe Anm. 102 .

205) Zur Abgrenzung von Gebrauchserlaubnis und Nutzungsverleihung siehe oben F. I.3.

Die Möglichkeit der Straßenanlieger, die Straße im Rahmen des zulässigen Gemeindegebrauchs unentgeltlich und zulassungsfrei für Werbezwecke zu nutzen, genoß auch keinen besonderen Schutz. Sie wurde im Falle der Einziehung oder anderer statusrechtlicher Änderungen der Straße aus rechtlicher Sicht auch nicht entzogen. Freilich minderte sich tatsächlich in aller Regel die Wirksamkeit der Werbung oder verlor - mangels Publikum - völlig ihren Sinn. Die Beeinträchtigung der Möglichkeit, wirksame Außenwerbung zu betreiben, konnte im Falle der Einziehung oder Änderung der Straße erst unter dem Einfluß der "Sonderopfertheorie" des BGH ²⁰⁶⁾ und allenfalls dann Berücksichtigung finden, wenn Straßenanlieger anläßlich eines Eingriffs in das Anliegerrecht ²⁰⁷⁾ entschädigt werden mußten.

Einen rechtlich verselbständigten Schutz der Werbemöglichkeit von Straßenanliegern kannte das frühere Straßenrecht nicht. Jedenfalls ist kein Fall bekannt, in dem die Einbuße der Werbemöglichkeit alleinige Entschädigungsgrundlage war.

206) BGHZ 6, 280, siehe hierzu auch Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 4. Aufl. 1975, S. 304.

207) Zum Anliegerrecht siehe oben F.I.2. und Anm. 176.

Somit ist festzuhalten, daß es im früheren Recht ein Rechtsinstitut eines durch Außenwerbung ausgeübten Anliegergebrauchs nicht gab. Die Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung erfolgte weitestgehend im Rahmen der Ausübung des straßenrechtlichen Gemeingebrauchs und teilte dessen rechtliches Schicksal, wenn letzterer bei Einziehung der Straße entfiel.

G. Die Anliegerwerbung im neuen Straßenrecht

Die Anfang der fünfziger Jahre dieses Jahrhunderts einsetzende Straßenrechtsgesetzgebung stellt einen historischen Einschnitt dar, der es gerechtfertigt erscheinen läßt, seither von einem "neuen Straßenrecht" zu sprechen. ²⁰⁸⁾ Zwar gab es bereits seit dem Jahre 1933 Ansätze einer Neuordnung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung. Sie überwandten aber kaum einmal die Stufe einer organisatorischen Regelung. ²⁰⁹⁾

208) In diesem Sinne Bartlsperger, DVBl. 79, 1.

209) Siehe hierzu bei Krumstroh, RVWB1. 35, 46, Baumeister, Zur Geschichte und Problematik des deutschen Straßen- und Wegerechts, S. 25 ff. und Bartlsperger, Bonner Kommentar, Art. 90 Rdnr. 4 ff.

Das Verdienst des Gesetzgebers des neuen Straßenrechts liegt hingegen darin, daß nunmehr erstmalig der Versuch einer Ordnung des Straßenrechts unternommen wurde, der dem motorisierten Verkehr und der überragenden (verkehrs-)wirtschaftlichen Bedeutung des Straßenwesens ²¹⁰⁾ Rechnung tragen sollte. Den Schwerpunkt der Kodifikationsbemühungen jener Zeit bildete die rechtssatzmäßige Bestimmung der zentralen Institute des Straßen- und Wegerechts. Die am 13.8.1953 in Kraft getretene bundesgesetzliche Regelung ²¹¹⁾, das FStrG, erstreckt sich gem. Art. 74 Nr. 22 GG auf die Bundesautobahnen und die sonstigen Straßen des Fernverkehrs (Bundesstraßen). Es stand bei der Gestaltung der im Anschluß daran aufgrund Landeskompetenz gem. Art. 70 GG erlassenen Landesstraßengesetze Modell. Infolgedessen besitzt das FStrG seither auch eine (begrenzte) Leitfunktion hinsichtlich der Interpretation der seinem Muster nachgebildeten Landesstraßengesetze und gewinnt dadurch Einfluß auf die Beurteilung von Straßenbenutzungsvorgängen durch Außenwerbung.

210) Zur wirtschaftlichen Bedeutung öffentlicher Straßen siehe Streit, in: Bartlperger-Blümel-Schroeter, Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, S. 1ff.

211) Der Tag des Inkrafttretens des FStrG ist nicht unstrittig, siehe hierzu Marschall-Schroeter-Kastner, FStrG, § 27 (S. 657 f.).

I. Die Regelung der Straßenbenutzung in den
neuen Straßengesetzen

Die Gesetzgeber der neuen Straßengesetze knüpften bei der Festlegung der straßenrechtlichen Benutzungsformen nur in begrenztem Maße an die von Rechtsprechung und Literatur entwickelte Tradition an. Das FStrG hielt zwar (noch) an der überkommenen dualistischen Konstruktion des Straßenrechts fest, die sich durch eine Trennung von Straßenherrschaft und Straßeneigentum auszeichnet. Eine Ausnahme bildet das HambWG, das unter Zugrundelegung der Lehre Otto Mayers für alle Grundflächen im Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg, die als öffentliche Wege gewidmet sind und der Freien und Hansestadt Hamburg gehören, "öffentliches Eigentum" einführt. ²¹²⁾ Eine Tendenz in Richtung auf eine überwiegend öffentlich-rechtliche Benutzungsordnung lassen das FStrG und die übrigen Landesstraßengesetze erkennen. Sie spiegelt sich einmal in dem Bestreben, die Befugnis aus Straßenherrschaft und Straßeneigentum in der Hand des Straßenbaulastträgers zu vereinen, ²¹³⁾ zum anderen äußert sie sich dadurch, daß die Befugnisse des Straßeneigentümers bei gemeingebrauchsüberschreitenden Nutzungen mehr als früher zurückgedrängt werden. ²¹⁴⁾

212) HambWG, v. 4.4.1961 (GVBl. S. 117); die Neufassung des HambWG v. 22.1.1974 (GVBl. S. 41) hat an dieser Konzeption festgehalten.

Einen einschneidenden Bruch mit der Tradition des früheren Straßenrechts stellt indessen die Abkehr von dem herkömmlichen am Institut der Wegepolizei ausgerichteten, sehr weit gespannten Gemeingebrauchsbegriffs dar. 215)

1. Der Gemeingebrauch in den neuen Straßengesetzen

Zwar stimmen die Legaldefinitionen des Gemeingebrauchs in den neuen Straßengesetzen mit dem Wortlaut des FStrG nicht völlig überein, die Modellwirkung des FStrG in diesem Punkt ist aber zumindest bei einem Teil der Landesstraßengesetze unübersehbar. Sie tritt in einer gemeinsamen Formulierung in Erscheinung, nach der der Gemeingebrauch ausdrücklich auf die Benutzung der Straße "zum Verkehr" beschränkt ist, wobei in einem deklaratorischen Zusatz auf die Einhaltung der Verkehrsvorschriften hingewiesen wird. 216)

- 213) Beispiel: Bei Umstufungen geht auch das private Straßeneigentum auf den neuen Straßenbaulastträger über (vgl. z.B. § 6 Abs. 1 FStrG und die entsprechenden Vorschriften der Landesstraßengesetze).
- 214) Vgl. z.B. § 8 Abs. 1 Satz 2 FStrG und die entsprechenden Vorschriften der Landesstraßengesetze.
- 215) Zum Gemeingebrauchsbegriff des früheren Straßenrechts siehe oben F.I.1.
- 216) Siehe z.B. § 7 Abs. 1 FStrG, § 16 Abs. 1 HambWG, § 14 Abs. 1 NStrG, § 14 Abs. 1 NRWStrG, § 20 Abs. 1 SHStrWG.

Neben dem FStrG weisen das Merkmal der Widmung "zum Verkehr" die Landesstraßengesetze von Bayern, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein auf. 217) Bemerkenswert erscheint insoweit, daß in jedem Falle eine Definition des Begriffs "Verkehr" unterbleibt. Die übrigen Landesstraßengesetze liefern in Ansehung der Gemeingebrauchsdefinitionen ein uneinheitliches Bild. Hierbei verdienen die völlig gleichlautenden Regelungen von Baden-Württemberg und dem Saarland eine Hervorhebung. 218) Sie gestatten eine Straßenbenutzung im Rahmen der Widmung und der Straßenverkehrsvorschriften "innerhalb der verkehrsüblichen Grenzen" und stellen somit nicht ausschließlich auf eine verkehrsmäßige Nutzung ab. Als weitere, fast übereinstimmende Regelungen, sind die Legaldefinitionen der Landesstraßengesetze Bremens und Hessens zu nennen. Sie erlauben den Gemeingebrauch im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften 219) ohne eine weitere Aussage zu treffen. 220)

217) Siehe Art. 14 Abs. 1 BayStrWG und Anm. 216.

218) § 15 Abs. 1 BWStrG, § 14 Abs. 1 SaarlStrG.

219) § 15 Abs. 1 BremLStrG, § 14 Abs. 1 HessStrG.

220) Der Regierungsentwurf zum HessStrG enthielt ursprünglich die Formulierung "zum Verkehr". Sie wurde erst im Zuge der parlamentarischen Beratungen weggelassen (vgl. Maurer in: Bartlsperger-Blümel-Schroeter, Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, S. 122).

Das RPLStrG unterscheidet sich von den bisher genannten Gesetzen durch die ausdrückliche Klarstellung, daß kein Gemeingebrauch vorliegt, wenn die Straße "nicht vorwiegend zum Verkehr" benutzt wird. ²²¹⁾ Die gleiche Formulierung weist auch das BlnStrG auf. ²²²⁾ Die zuletzt genannten beiden Gemeingebrauchsregelungen sind inhaltlich dem FStrG stark angenähert, obwohl sie eine explizite Beschränkung der Nutzung zum Verkehr nicht aufweisen.

Somit ist festzuhalten, daß die meisten Landesstraßengesetze dem Vorbild des FStrG weitgehend gefolgt sind, indem sie die Beschränkung des Gemeingebrauchs auf eine Nutzung (vorwiegend) zum Verkehr übernommen haben. Dieses Ergebnis läßt die Frage auftreten, ob das FStrG auch bei der Festlegung der straßenrechtlichen Sondernutzung Modellwirkung entfalten konnte.

2. Die Sondernutzung in den neuen Straßengesetzen

Sämtliche neuen Straßengesetze legen die straßenrechtliche Sondernutzung einheitlich als "über den Gemeingebrauch hinausgehende" Straßenbenutzung fest.

221) § 34 Abs. 3 RPLStrG.

222) § 8 Abs. 2 Satz 3 BlnStrG.

Da die Gemeingebrauchsdefinitionen der Landesstraßengesetze voneinander abweichen, besitzt die Einheitlichkeit bei der Formulierung der Sondernutzung nur einen begrenzten Erkenntniswert. Gleichwohl wird für den Geltungsbereich der Landesstraßengesetze, die dem Vorbild des FStrG gefolgt sind, klar- gestellt, daß (vorwiegend) außerverkehrliche Straßenbenutzungen grundsätzlich dem Rechts- institut der Sondernutzung angehören. Im übrigen unterscheiden die neuen Straßengesetze - mit Ausnahme des HambWG, das nur einen (öffentlichrechtlichen) Sondernutzungstat- bestand kennt - ²²³⁾ übereinstimmend zwei Sondernutzungstatbestände und enthalten zu- sätzlich eine an die Gemeinden gerichtete Satzungsermächtigung, die es gestattet, die Sondernutzung abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen zu regeln. ²²⁴⁾

a) Die öffentlichrechtlichen Sondernutzung

Die neuen Straßengesetze kennzeichnen die Sondernutzung nach Öffentlichem Recht im wesentlichen übereinstimmend als eine Straßenbenutzung, die den Gemeingebrauch übersteigt und zugleich beeinträchtigt. ²²⁵⁾

223) Diese Konsequenz beruht auf dem Denk- modell des "öffentlichen Eigentums" (siehe Anm. 187).

224) Siehe z.B. § 8 Abs. 1 Satz 3 FStrG, § 18 Abs. 8 BWStrG, Art. 22 a BayStrWG, § 37 HessStrG, § 51 Abs. 1 NStrG; Ausnahme: BlnStrG, das eine vergleich- bare Ermächtigung nicht enthält.

Sie bedarf nach allen Straßengesetzen grundsätzlich einer besonderen Zulassung des Straßenbaulastträgers (Sondernutzungserlaubnis), die zeitlich begrenzt bzw. widerruflich erteilt wird. Die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis kann von der Entrichtung einer Geldleistung (Sondernutzungsgebühr) abhängig gemacht werden. 226)

- 225) § 8 Abs. 1 i.V.m. Abs. 10 FStrG,
§ 18 Abs. 1 i.V.m. § 23 BWStrG,
Art. 18 Abs. 1 BayStrWG, § 10
BlnStrG, § 18 Abs. 1 i.V.m.
§ 19 BremLStrG, § 19 HambWG,
§ 16 Abs. 1 i.V.m. § 20 Abs. 1
HessStrG, § 18 Abs. 1 i.V.m.
§ 23 Abs. 1 NStrG, § 18 Abs. 1
i.V.m. § 23 NRWStrG, § 41 i.V.m.
§ 45 RPLStrG, § 18 Abs. 1 i.V.m.
§ 22 SaarlStrG, § 20 Abs. 1 i.V.m.
28 SHStrWG.
- 226) § 8 Abs. 3 FStrG, § 21 BWStrG,
Art. 18 Abs. 2 a BayStrWG,
§ 10 Abs. 5 BlnStrG, § 18 Abs. 9
BremLStrG, § 19 Abs. 3 HambWG,
§ 18 HessStrG, § 21 NStrG,
§ 19 Abs. 3 NRWStrG, § 47
RPLStrG, § 18 Abs. 3 SaarlStrG,
§ 26 SHStrWG.

b) Die bürgerlichrechtliche und die sonstige
(Sonder-)Nutzung

Die den Gemeingebrauch übersteigende Benutzung des Straßengrundstücks, die den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt, 227) unterstellen die meisten neuen Straßengesetze dem überkommenen dualistischen Denkmodell vom Rechtsstatus der öffentlichen Straßen, folgend dem bürgerlichen Recht. 228) Derartige (geringfügige) Straßenbenutzungen bedürfen lediglich einer Zustimmung des Straßeneigentümers, der freilich regelmäßig mit dem Träger der Straßenbaulast identisch ist. Als Beispiel einer bürgerlichrechtlichen Sondernutzung nennen fast alle Straßengesetze die Verlegung von Versorgungsleitungen im Straßenkörper. Diese Straßenbenutzungen gelten auch dann noch als bürgerlichrechtliche Sondernutzung, wenn sie den Gemeingebrauch vorübergehend beeinträchtigen. 229)

227) Das BayStrWG stellt auf die Möglichkeit der Beeinträchtigung ab (Art. 22 Abs. 1 BayStrWG).

228) § 8 Abs. 10 FStrG, § 23 BWStrG, Art. 22 Abs. 1 BayStrWG, § 19 BremLStrG, § 20 Abs. 1 HessStrG, § 23 Abs. 1 NStrG, § 23 Abs. 1 NRWStrG, § 45 Abs. 1 RPLStrG, § 22 SaarlStrG, § 28 Abs. 1 SHStrWG; Ausnahmen: das BlnStrG verlangt für jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Straßenbenutzung neben der Zustimmung des Straßeneigentümers die straßenaufsichtliche Erlaubnis (§ 11 Abs. 1 BlnStrG), das nach dem öffentlichen Eigentum konzipierte HambWG kennt eine bürgerlichrechtliche oder sonstige Nutzung nicht.

c) Die Satzungsbefugnis der Gemeinden für
das Sondernutzungsrecht

Mit Ausnahme Berlins weisen die Landesstraßengesetze sämtlicher Bundesländer und das FStrG Vorschriften auf, die eine Ermächtigung der Gemeinden zu einer rechtssatzmäßigen Regelung ²³⁰⁾ der straßenrechtlichen Sondernutzung enthalten. Die Ermächtigungsnormen weichen bereits in ihrer Formulierung stark voneinander ab und unterscheiden sich auch hinsichtlich ihres Inhalts deutlich. Aus juristischer Sicht am wenigsten präzise erweist sich die Formulierung des SaarlStrG, ²³¹⁾ wonach die Gemeinden für Sondernutzungen an Gemeindestraßen durch Satzung abweichend von der gesetzlichen Sondernutzungsregelung der §§ 18, 20 SaarlStrG "Erleichterungen gewähren" können. ²³²⁾ Wenig exakt formulieren auch der Bundesgesetzgeber und die Landesgesetzgeber von Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein.

229) Siehe statt vieler: § 23 Abs. 1 BWStrG, Art. 22 Abs. 2 BayStrWG, § 19 BremLStrG.

230) Anm. 224.

231) § 52 SaarlStrG.

232) Ähnlich auch § 42 Abs. 2 RPLStrG.

Sie ermächtigen die Gemeinden, die Ausübung der Sondernutzung durch Satzung zu "regeln". Im FStrG, im BWLStrG und im RPLStrG wird diese Aussage durch einen generellen Befreiungsvorbehalt vom Erfordernis einer Sondernutzungserlaubnis ergänzt. ²³³⁾ Die Regelung Bremens fingiert unter besonderen Voraussetzungen die Sondernutzungserlaubnis. ²³⁴⁾ Am eindeutigsten formuliert der Gesetzgeber der Freien und Hansestadt Hamburg. Er ermächtigt den Senat durch Rechtsverordnung zu bestimmen, daß gewisse Sondernutzungen allgemein ohne Erlaubnis nach dem HambWG ausgeübt werden dürfen. ²³⁵⁾

Als Gemeinsamkeit der genannten Bestimmungen ist festzuhalten, daß es sich um Regelungen handelt, die die gesetzlich definierte Sondernutzung als eine den Gemeingebrauch übersteigende Straßenbenutzung bestimmen und deren Gestattungsmodus bzw. Ausübungsmöglichkeit reglementieren. Der Wortlaut der Ermächtigungsnormen bietet indessen keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Gemeinden befugt sein sollen, im Rahmen dieser Ermächtigungen die gesetzlich festgelegte Grenzziehung zwischen den Rechtsinstituten Gemeingebrauch und Sondernutzung zu verschieben. ²³⁶⁾

233) § 8 Abs. 1 Satz 3 FStrG, § 18 Abs. 8 BWStrG, § 42 PRLStrG.

234) §§ 18 Abs. 3, 9 BremLStrG.

235) § 19 Abs. 8 HambWG.

3. Der Anliegergebrauch in den neuen Straßen-
gesetzen

Als Folge der strikten Zweiteilung straßenrechtlicher Benutzungstatbestände in Gemeingebrauch und Sondernutzung ist den neuen Straßengesetzen der Anliegergebrauch als eigenständiges Rechtsinstitut ebenso fremd wie dem früheren Straßenrecht. Eine Ausnahme bildet insoweit lediglich das HambWG. Es räumt seit seinem Inkrafttreten Straßenanliegern die Befugnis ein, die Straße in Zusammenhang mit der Nutzung des eigenen Grundstücks ohne besondere Zulassung in bestimmten Grenzen über den Gemeingebrauch hinaus in Anspruch zu nehmen. 237) Außer im HambWG findet sich noch im BlnStrG eine Formulierung, die auf eine besondere Befugnis zur Straßenbenutzung durch Straßenanlieger hindeuten könnte. § 10 Abs. 2 BlnStrG spricht von einer "gewöhnlichen Anliegernutzung", die nicht als Sondernutzung angesehen wird, schweigt aber zur Frage, welcher straßenrechtlichen Benutzungsform die gewöhnliche Anliegernutzung zuzurechnen ist.

236) Ausführlich hierzu Bartlsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 102; für Baden-Württemberg: Gebhardt, Straßengesetz für Baden-Württemberg, 1967, § 18 Rdnr. 7, für Hessen: Böhm, Das Hessische Straßengesetz, 2. Aufl. 1971, § 37 Anm. 2, für Bayern: Prandl/Gillessen, BayStrWG, Erl. zu Art. 22 a, siehe hierzu auch Sieder-Zeitler, BayStrWG, 2. Aufl. 1972, Art. 22 a, Rdnr. 2 und 9.

237) § 17 HambWG.

Sofern die übrigen Straßengesetze den Straßenanlieger in Zusammenhang mit einer Straßenbenutzung überhaupt erwähnen, beschränken sie sich darauf, ihm eine Entschädigung für den Fall zuzubilligen, daß der Zugang zum Anliegergrundstück oder der Zutritt von Licht und Luft entzogen wird.²³⁸⁾ Mit Ausnahme des FStrG enthalten diese Gesetze zusätzlich den Hinweis, daß den Anliegern kein Anspruch darauf zusteht, daß die Straße nicht einge- zogen wird oder sonstigen statusändernden Verfügungen anheimfällt.

Somit ist festzustellen, daß die neuen Straßengesetze, abgesehen vom HambWG, dem Wortlaut nach die Rechtsfigur des Anliegergebrauchs als besondere Straßenbenutzungsform, der bereits im früheren Straßenrecht aus institutioneller Sicht keine eigenständige Bedeutung zukam,²³⁹⁾ nicht übernommen haben. Die überwiegende Mehrzahl der neuen Straßengesetze knüpft aber insoweit an die Rechtstradition des früheren Straßenrechts an, als sie den Straßenanliegern eine rechtlich geschützte eigentumsähnliche Position einräumt, die unter den gesetzlich festgelegten Voraussetzungen bei staatlichen Eingriffen zu entschädigen ist.

238) Das BremLStrG, das HessStrG und das SHStrWG enthalten keine Vorschriften über Straßenanlieger in Zusammenhang mit einer Straßenbenutzung. Das SHStrWG konstatiert bei Unterbrechung einer Grundstückszufahrt eine Pflicht des Straßenbaulastträgers zur Ersatzbeschaffung bzw. Entschädigung (§ 25 SHStrWG).

239) Siehe oben F.I.2.

Der Wortlaut der neuen Straßengesetze läßt indessen nicht erkennen, daß gerade Straßenanliegern eine Befugnis zugedacht werden sollte, die zu einer den Gemeingebrauch übersteigenden Straßenbenutzung ermächtigt, ohne dabei den Tatbestand einer straßenrechtlichen Sondernutzung zu erfüllen. Für das HambWG trifft diese Aussage nicht zu, da dort der Anliegergebrauch ausdrücklich gewährt wird. Er stellt sich als eine Befugnis des Anliegers dar, die an sein Grundstück angrenzenden Wegeteile über den Gemeingebrauch hinaus für Zwecke seines Grundstücks zu nutzen, wenn dadurch der Gemeingebrauch nicht ausgeschlossen oder erheblich beeinträchtigt oder in den Wegekörper eingegriffen wird. Diese Formulierung besitzt eine unübersehbare Verwandtschaft zum bürgerlichrechtlichen bzw. sonstigen Sondernutzungstatbestand der übrigen Straßengesetze.²⁴⁰⁾ Der Umstand, daß es nach der Systematik des am öffentlichen Eigentum ausgerichteten HambWG eine "schwächere Form der gemeingebruchsüberschreitenden Straßenbenutzung" als die öffentlichrechtliche Sondernutzung nicht gibt, läßt die Ausnahmeregelung für Anlieger im HambWG verständlich werden.

240) Vgl. § 17 HambWG z.B. mit § 23 BWStrG, Art. 22 Abs. 1 BayStrWG, § 20 Abs. 1 HessStrG.

4 Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die Straßenbenutzung in den neuen Straßengesetzen keineswegs einheitlich geregelt ist. Die Untersuchung der Straßenbenutzungsregelungen der geltenden Straßengesetze hat vielmehr gezeigt, daß insbesondere in Ansehung des Wortlauts der Gemeingebrauchsregelungen zum Teil erhebliche Abweichungen bestehen. Nahezu gleichermaßen differenziert erweist sich demzufolge auch das Spektrum der Meinungen, die zur Straßenbenutzungsregelung in den neuen Straßengesetzen vertreten werden.

II. Die Kontroverse um die Straßenbenutzung nach den neuen Straßengesetzen

Der bald nach Erlaß der neuen Straßengesetze einsetzenden Kontroverse hinsichtlich der Straßenbenutzungsregelung liegen im wesentlichen drei Probleme zugrunde. Zum einen geht es dabei um die Frage, ob die neuen Straßengesetze den Gemeingebrauch auf eine Straßenbenutzung (vorwiegend) "zum Verkehr" reduziert haben. Ihr schließt sich die weitere Frage nach dem Inhalt und Umfang dieses Verkehrsbegriffs an. In engem Zusammenhang damit steht das rechtliche Schicksal solcher Straßenbenutzungen, die ursprünglich unter der Geltung des weiten Gemeingebrauchsbegriffs des früheren Straßendrechts als Anliegergebrauch bezeichnet wurden.

In jüngster Zeit hat sich zu diesem bislang noch nicht in allgemein anerkannter Weise geklärten Fragenkomplex ein weiteres Problem gesellt. Es handelt sich dabei um die Frage, inwieweit die durch Art. 5 GG gewährleistete Meinungsfreiheit auf die Beurteilung der politischen Werbung als Straßenbenutzung Einfluß gewinnt. ²⁴¹⁾ Die Beantwortung der genannten Fragen ist für die gesamte Außenwerbung relevant und besitzt auch für die rechtliche Beurteilung der Anliegerwerbung große Bedeutung, da diese sich weitgehend innerhalb der strittigen Straßenbenutzungstatbestände verwirklicht.

Den Ausgangspunkt jeder Erörterung hierzu bildet die Diskussion des Gemeingebrauchsbegriffs.

1. Der Meinungsstand zum Gemeingebrauchsbegriff

Die ausdrückliche Beschränkung des Gemeingebrauchs auf die Benutzung der Straße "zum Verkehr" in einer Reihe von Straßengesetzen ²⁴²⁾ löste eine lebhafte Diskussion über Inhalt und Umfang des Verkehrsbegriffs aus, die derzeit noch nicht beendet ist.

241) Unter dem Gesichtspunkt der Straßenbenutzung tritt die politische Straßenwerbung insbesondere in den Erscheinungsformen der Plakatwerbung (z.B. Aufstellung von sogenannten Dreiecksständern) und der Verteilung politischen Werbematerials durch Personen im Straßenraum hervor.

242) Siehe oben G.I.1.

Einigkeit herrschte lediglich darüber, daß zum Verkehr im Sinne der Gemeingebrauchsdefinitionen in den neuen Straßengesetzen stets die Straßenbenutzung mit dem Ziel einer Ortsveränderung gehört. Im übrigen sind Inhalt und Umfang des Verkehrsbegriffs nach wie vor umstritten, so daß dieser Begriff gleichsam eine Schlüsselstellung einnimmt.²⁴³⁾ Die hierzu vertretenen Auffassungen lassen sich vom Ergebnis her in zwei Gruppen einteilen, wobei die Argumentation, mit der das jeweils gleiche Ergebnis erzielt wird, Unterschiede aufweist.

a) Der "enge Gemeingebrauchsbegriff"

Nach der Auffassung vom "engen Gemeingebrauchsbegriff" zählt zum Gemeingebrauch nach den neuen Straßengesetzen nur die verkehrsmäßige Straßenbenutzung im engeren Sinne, mithin das Gehen, Fahren, Reiten, Schieben oder Ziehen von Fahrzeugen, Transportieren von Lasten sowie das Führen oder Treiben von Tieren,²⁴⁴⁾ während außerverkehrliche Straßenbenutzungen in den Bereich der straßenrechtlichen Sondernutzung gehören.

243) Stock, Straßenkommunikation als Gemeingebrauch 1979, S. 18.

244) In diesem Sinne Kodal, Straßenrecht, S. 403.

Die Begründung hierfür erblickt Kodal in der wohl ausführlichsten Darstellung zu diesem Problemkreis ²⁴⁵⁾ einmal in der vom Gesetzgeber vorgenommenen Gegenüberstellung der Straßenbenutzung "vorwiegend zum Verkehr" und der Straßenbenutzung "zu anderen Zwecken", zum anderen in der Abstufung des Gemeingebrauchs nach fließendem und ruhendem Verkehr. Diese nur in Bezug auf den Verkehr im eigentlichen Sinne verständliche Zweiteilung steht nach der Auffassung Kodals einer Einbeziehung verkehrsfremder Vorgänge, wie zum Beispiel Werbung, Aufstellen von Ständen auf der Straße usw. in den Gemeingebrauch entgegen. Von den früher zum gesteigerten Gemeingebrauch (Anliegergebrauch) umfaßten Straßenbenutzungen werden demnach nur noch solche als zum Gemeingebrauch gehörig angesehen, die vorwiegend Verkehrszwecken dienen, wie beispielsweise die Ausübung des Zugangs und der Zufahrt sowie das Verbringen von Gütern von der Straße zum Anliegergrundstück. Der Kraftverkehr - so Kodal - habe den Gemeingebrauch von Grund auf gewandelt. Die Beschränkung des Gemeingebrauchs auf den Verkehr im engeren Sinne werde von dieser Entwicklung geboten.

245) Kodal, DöV 60, 444 ff. - 447.

Dieser Interpretation stehen nach der Meinung Kodals ²⁴⁶⁾ auch keine verfassungsrechtlichen Schranken entgegen, insbesondere sei Art. 14 GG nicht verletzt, da die wesensmäßige Geltung und Entfaltung des Eigentums nicht angetastet werde. Kodal vertritt neuerdings sogar die Auffassung, daß auch im Geltungsbereich jener Gesetze, die darauf verzichtet haben, den Gemeingebrauch als Straßenbenutzung "zum Verkehr" ausdrücklich zu kennzeichnen, der "dem deutschen Straßenrecht allgemein als Kriterium für die Wertung eines Straßengebrauchs als Gemeingebrauch zugrundeliegende" enge Verkehrsbegriff gelte. ²⁴⁷⁾

Die Auffassung Kodals zum Gemeingebrauchsbegriff hat in der Literatur weitgehend Zustimmung gefunden. ²⁴⁸⁾ Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen Schmidt-Tophoffs. ²⁴⁹⁾

246) AaO, S. 452.

247) Kodal, Straßenrecht, S. 402.

248) Kremer, DVBl. 63, 431 ff., Dicke, DVBl. 69, 316, Schmidt-Bens, Verfassungsrechtliche Prüfung der Einschränkung des Gemeingebrauchs durch die neuen Straßen- und Wegesetze der Länder, Diss. Hamburg 1969, S. 31 m.w.N., Menger, VerwArch. 62 (1971) 188 ff. - 191 m.w.N., Sieder-Zeitler, BayStrWG, 2. Aufl. 1972, Art. 14 Rdnr. 9,12, Eberhart, BayVBl. 64, 175, Bartlsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 72 ff., Ganschezian -Finck, DöV 76, 305, Meinhard Schröder, DV 77, 451 ff. - 464, Steinberg, NJW 78, 1898 ff., Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 58 II C 3.

Er zieht zur Begründung der engen Auslegung des Verkehrsbegriffs die Entstehungsgeschichte des FStrG heran und verweist auf die stürmische Entwicklung des motorisierten Verkehrs, die es erfordert, zugunsten des Gemeinwohls neue Verkehrsräume zu schaffen und den vorhandenen Verkehrsraum von allen Behinderungen frei zu machen und allein für den Verkehr im engeren Sinne freizuhalten. Schmidt-Tophoff kommt unter Zuhilfenahme der amtlichen Begründung zum Entwurf des FStrG ²⁵⁰⁾ zu dem Ergebnis, daß der Bundesgesetzgeber die Beschränkung des Gemeingebruchs auf den Verkehr im engeren Sinne bewußt vorgenommen habe.

249) Schmidt-Tophoff, DVBl. 70, 17 ff.

250) AaO, S. 29. Die amtliche Begründung zum Entwurf des FStrG zu § 7 lautet wie folgt: "Der sogenannte gesteigerte Gemeingebruch ist seinem Wesen nach nicht Gemeingebruch, sondern der Gebrauch der Straße durch Anlieger in einem weiteren Umfange als nur zum Verkehr. Er fällt daher unter die Vorschriften über die Sondernutzung (§8), ..." (BT.-Drs. I/4248, S. 19). Dieser Aussage steht an gleicher Stelle die einleitende Aussage gegenüber: "An den bisher in den Landesgesetzen und in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über den Gemeingebruch ist Wesentliches nicht geändert worden." Ähnlich lautet auch der schriftliche Bericht des Verkehrsausschusses (BT.-Drs. I/4474, S. 2): "Begriff und Inhalt des Gemeingebruchs entsprechen im wesentlichen den bisherigen." Die erste Aussage verdient jedoch als die Klarere und Eindeutigere den Vorzug.

Nach der Auffassung vom engen Gemeingebrauchsbegriff wird der unter der Geltung eines weiten Gemeingebrauchsbegriffs gemeingebräuchliche Anliegergebrauch des früheren Straßenrechts rechtssystematisch in die Sondernutzung abgedrängt. Diese Konsequenz führte dazu, daß der Auffassung vom engen Gemeingebrauchsbegriff von Anfang an widersprochen wurde.

b) Der "weite Gemeingebrauchsbegriff"

Die Kritik an der Auffassung vom engen Gemeingebrauchsbegriff stützt sich im wesentlichen auf zwei Argumente. Einmal wird die These in Zweifel gezogen, daß die neuen Straßengesetze von Bund und Ländern tatsächlich den Gemeingebrauch auf eine Nutzung zum Verkehr im engeren Sinne beschränken. So wies Zippelius²⁵¹⁾ bereits unmittelbar nach Erlaß des BayStrWG daraufhin, daß die durch das FStrG vorgenommene Einengung des Gemeingebrauchs durch die Beschränkung auf den Verkehr im engeren Sinne für die Bundesautobahnen und Bundesstraßen mit guten Gründen erfolgt sei.

251) Zippelius, DöV 58, 838 ff. - 848.

Er lehnte es jedoch ab, dies auch für alle ländlichen Straßen einführen zu wollen, da dies einen ungerechtfertigten Bruch mit dem Herkömmlichen bedeute. Nach der Auffassung Maurers, ²⁵²⁾ hätte die Abkehr von dem bisherigen Rechtszustand klarer zum Ausdruck kommen müssen als dies bei den gesetzlichen Neuregelungen der Fall sei. Die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf des FStrG ²⁵³⁾ sei nämlich widersprüchlich. Der Anliegergebrauch werde darin zwar zur Sondernutzung gezählt, dem stehe aber die einleitende Feststellung gegenüber, daß an den bisher in den Landesgesetzen und in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen im neuen FStrG festgehalten werde. ²⁵⁴⁾

Ein zweiter Ansatz zur Vermeidung der Konsequenz einer Verengung des Gemeingebrauchsbegriffs auf eine Nutzung zum Verkehr im engeren Sinne in den neuen Straßengesetzen wird in der extensiven Auslegung des Verkehrsbegriffs erblickt.

252) Maurer, DöV 75, 216 ff. - 220 und ders., Die Anliegernutzung, in: Bartlsperger-Blümel-Schroeter, (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980, S. 115ff.-119f.

253) Siehe Anm. 250.

254) Maurer, DöV 75, 220 Anm. 34.

Nach dieser Auffassung soll Verkehr eine Straßenbenutzung sein, die über eine Benutzung im Sinne einer Ortsveränderung hinausgeht. So vertritt insbesondere Schneider ²⁵⁵⁾ die Auffassung, daß die rasche und zuverlässige Unterrichtung des Publikums durch Werbeeinrichtungen aller Art darüber, wo es seine geschäftlichen Bedürfnisse befriedigen kann, vom Verkehrszweck umfaßt werde. Verkehr ist nach dieser Meinung kein Selbstzweck, sondern dient der "Kommunikation". Die Anhängerschaft der Auffassung vom erweiterten Verkehrsbegriff hat besonders in jüngster Zeit unter dem Eindruck der Diskussion um die politische Werbung im Straßenraum erheblich zugenommen. ²⁵⁶⁾ Die Argumentation stützt sich im wesentlichen darauf, daß im innerstädtischen Bereich die Benutzung der Straßen zu Handel und Wandel in den Vordergrund trete. Die kommunikative Funktion der Straßen sei dort auch verfassungsrechtlich abgesichert. Als Musterbeispiel einer erlaubnisfreien Kommunikation dient das angeblich durch Art. 5 Abs. 1 GG gewährleistete erlaubnisfreie Verteilen von politischen Flugblättern.

255) Schneider, DöV 63, 276 ff., in diesem Sinne schon ders., WRP 59, 213 ff. - 216, siehe auch Stock, aaO, S. 67 ff.

256) Ausführlich hierzu Pappermann, NJW 76, 1341 ff. m. zahlr. Nachw. sowie Salzwedel, in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 1979, S. 547 ff. - 567, Walter, BayVBl. 78, 234 ff. - 238 f.

Eine ebenfalls grundrechtliche Absicherung des früheren Anliegergebrauchs glaubt Beckmann ²⁵⁷⁾ aus den neuen Straßengesetzen herleiten zu können. Er stützt sich dabei auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Kerngewährleistung des Anliegergebrauchs.

2. Die Rechtsprechung zum Gemeingebrauch

In der Rechtsprechung ²⁵⁸⁾ hat die Auffassung vom engen Gemeingebrauchsbegriff grundsätzliche Bestätigung gefunden. ²⁵⁹⁾ Das Bundesverwaltungsgericht hält jedoch seit einer grundlegenden Entscheidung in ständiger Rechtsprechung ²⁶⁰⁾ daran fest, daß der Inhalt des Gemeingebrauchs über die Regelung des § 7 FStrG hinaus nicht bundesrechtlich geregelt sei, so daß die Landesgesetze abweichende Regelungen vornehmen, insbesondere mehr an Rechten gewähren können.

257) Beckmann, BB 72, 598 ff. - 599 und ders., WRP 75, 588 ff.- 657 ff.

258) Siehe hierzu die ausführliche Zusammenstellung bei Stock, aaO, S. 21 ff.

259) Grundlegend hierzu Urt. d. BVerwG v. 26.6.1970, DVBl. 70, 873 ff.

260) Urt. d. BVerwG v. 25.9.1968, BVerwGE 30, 235 ff.

Das BVerwG vertritt die Auffassung, daß der Gemeingebrauch - über § 7 FStrG hinaus - in seinem Kerngehalt vom Bundesrecht insofern erfaßt werde, als der Gemeingebrauch in eben diesem Kern der grundrechtlichen Gewährleistung des Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG unterliegt.²⁶¹⁾ Für das Landesrecht ergibt sich daraus, daß es den Inhalt des Gemeingebrauchs nur in dem Umfang regeln kann, den das Bundesrecht für eine Konkretisierung läßt. Dem Landesgesetzgeber ist es demnach verwehrt, den bundesrechtlich garantierten (Mindest-) Gemeingebrauch weiter einzuschränken. Den durch Straßenanlieger im Zusammenhang mit der Benutzung ihres Grundstücks ausgeübten Gemeingebrauch (Anliegergebrauch) unterstellt das BVerwG in seinem Kern der besonderen Schutzwirkung des Art. 14 GG, während der schlichte Gemeingebrauch lediglich den weniger weitgehenden Schutz der Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG genießt.

261) Urt. d. BVerwG v. 25.6.1969, BVerwGE 32, 222 ff., v. 15.12.1972, NJW 73, 913 ff., v. 18.10.1974, NJW 75, 357 f., v. 15.11.1974, NJW 75, 1528, v. 20.4.1977, DöV 77, 604 f. und v. 24.2.1978, DöV 78, 373 ff.

Die Kerngewährleistung des Anliegergebrauchs umfaßt - so das BVerwG - 262) diejenige Straßenbenutzung, auf die Straßenanlieger in spezifischer Weise angewiesen sind, um ihr Anliegergrundstück angemessen zu nutzen. Angemessen im Sinne dieser Rechtsprechung ist nicht schon jede Nutzung der Straße, zu der das Grundeigentum Gelegenheit bietet, sondern ausschließlich das, was aus dem Grundstück und seiner sowohl der Rechtslage als auch den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Benutzung als Bedürfnis hervorgeht. Für Gewerbebetriebe beinhaltet der Anliegergebrauch auch die Möglichkeit zur Herstellung des "Kontaktes nach außen", der dem Betrieb über den Zugang hinaus in gewissen Grenzen eine Einwirkung durch Werbung auf den vorbeifließenden Verkehr ermöglicht. Da der Anliegergebrauch nur dem Anlieger selbst zusteht, weil nur er durch die räumliche Beziehung seines Hauses, seiner Wohnung oder seines Gewerbebetriebes für bestimmte Anlässe auf die Benutzung der Straße angewiesen ist, verneint das BVerwG 263) eine dem Anliegergebrauch entsprechende Nutzung durch Dritte, auch wenn der Anlieger damit ein wirtschaftliches Interesse verfolgt, weil er beispielsweise Wandflächen für Werbezwecke vermietet. 264)

262) Urt. d. BVerwG v. 18.10.1974, NJW 75, 357 f. = BayVBl. 75, 146 f.

263) Urt. d. BVerwG v. 21.10.1970, DVBl. 71, 180 ff. - 181, in diesem Sinne auch Urt. d. BGH v. 4.5.1973, NJW 73, 1281 ff.

264) Das BVerwG (aaO) zählt die Vermietung von Wandflächen für Werbezwecke (Anbringung von Warenautomaten) nicht mehr zum grundrechtlich geschützten Kern des Anliegergebrauchs.

Die neueste Rechtsprechung des BVerwG hierzu läßt zwar nach wie vor die Frage offen, ob eine Übertragung von (einzelnen) Rechten aus dem Anliegergebrauch rechtlich zulässig ist und welche Anforderungen sich insoweit gegebenenfalls aus dem Bundesrecht für das Landesrecht ergeben. Gleichwohl zählt das BVerwG Anlagen mittelbarer Fremdwerbung, ²⁶⁵⁾ die als "gemischte Werbeanlagen" bezeichnet werden, nicht mehr zum Anliegergebrauch. ²⁶⁶⁾

Der BGH bekennt sich in Anknüpfung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts ebenfalls zu einer besonderen Straßenbenutzung, die Straßenanlieger infolge ihres räumlichen Verhältnisses zur Straße auszuüben in der Lage sind. ²⁶⁷⁾ Nach dieser Auffassung muß der Straßeneigentümer Einwirkungen dulden, die sich gerade aus der räumlichen Beziehung des Anliegergrundstücks zur Straße ergeben, soweit nach allgemeiner Verkehrsauffassung und Ortsüblichkeit eine solche Benutzung erfolgen darf. Der BGH führte aus, daß der Umfang dieses Anliegergebrauchs nicht ein für allemal feststehe, sondern wandelbar mit der Entwicklung des Verkehrs sei. Im übrigen sah sich der BGH zunächst nicht veranlaßt, auf den Umfang des Gemeingegebrauchs weiter einzugehen.

265) Siehe oben B.V. 3.

266) Urt. d. BVerwG v. 24.2.1978, NJW 79, 440 f.

267) Urt. d. BGH v. 4.5.1973, NJW 73, 1281 ff.

Der zu entscheidende Sachverhalt, die Anbringung eines Warenautomaten an einer Hauswand, hatte sich im Geltungsbereich des BWLStrG zugetragen, das die ausdrückliche Beschränkung der gemeingebräuchlichen Straßenbenutzung "zum Verkehr" nicht enthält. In einer neueren Entscheidung zum NRWLStrG entschied sich der BGH eindeutig für einen engen Gemeingegebrauchsbegriff, ²⁶⁸⁾ indem er eine Werbung durch ein Wirtshauschild in Auslegerform (Nasenschild) zur erlaubnispflichtigen Sondernutzung zählte. In diesem Zusammenhang führte der BGH aus, daß § 14 NRWLStrG "den jedermann erlaubnisfrei und unentgeltlich zustehenden Gebrauch der Straße auf die Benutzung zur Ortsveränderung von Personen und Gütern beschränkt und den herkömmlichen gesteigerten Anliegergebrauch zu anderen als Verkehrszwecken von einer Erlaubnis abhängig macht." Desweiteren vertritt der BGH in diesem Urteil die Auffassung, daß unter Verkehr im Sinne von § 14 NRWLStrG "nur die mit der Fortbewegung unmittelbar zusammenhängenden Vorgänge verstanden werden." Die Werbung vermittele zwar den Kontakt des Anliegers mit den Verkehrsteilnehmern, sie sei aber kein Verkehrsvorgang im Sinne des § 14 NRWLStrG.

268) Urt. d. BGH v. 3.2.1978,
DVBl. 79, 73 ff.

Zum unwiderruflichen, erlaubnisfreien und unentgeltlichen Gemeingebrauch zählt - so der BGH - deshalb nur noch die Anliegernutzung, die der Anschließung des Grundstücks an den Personen- und Güterverkehr auf der Straße dient. Der BGH stellte im folgenden noch klar, daß durch die Neuregelung des Straßengebrauchs die ursprüngliche Anliegernutzung nicht generell entzogen oder vorenthalten werde, sondern nunmehr eine erlaubnisfähige Sondernutzung nach § 18 NRWLSrG bzw. eine sonstige Nutzung im Sinne von § 23 NRWLSrG sei. Die Neuregelung des Straßengebrauchs ziele auf Überwachung und Steuerung und nicht auf eine allgemeine Verdrängung der besonderen Anliegernutzung ab.

Das BVerfG hat sich bislang zur Frage des Umfangs des Gemeingebrauchs noch nicht abschließend geäußert. Es hat lediglich festgestellt, daß der Gemeingebrauch die jedermann gewährte öffentliche Berechtigung sei, die Straße ohne besondere Zulassung gemäß der hoheitlichen Zweckbestimmung in der üblichen Weise zum Verkehr zu benutzen. 269)

269) Urt. d. BVerfG v. 10.12.1975,
BVerfGE 40, 371 ff. - 378 =
NJW 76, 559 f.

Zum Umfang des Verkehrsbegriffs hat sich das BVerfG lediglich insoweit geäußert, daß Werbung - auch wenn sie an und auf Straßen betrieben wird - kein Verkehrsvorgang sei. ²⁷⁰⁾

Die neuere Rechtsprechung der Oberlandesgerichte läßt in Angleichung an jüngere Literaturmeinungen ²⁷¹⁾ eine Tendenz erkennen, den Verkehr über die nur auf Ortsveränderung gerichtete Tätigkeit hinaus zu erweitern. Den Anlaß dazu gab die zunehmende Benutzung öffentlicher Straßen für politische Zwecke, insbesondere durch Verteilen von Flugblättern politischen Inhalts. Da die Personen, die dieses Werbematerial verteilten, regelmäßig keine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis einholten, sah sich die Verwaltung genötigt, die Nichtbeachtung der Erlaubnispflicht als Ordnungswidrigkeit zu ahnden. Die daran anknüpfenden gerichtlichen Verfahren wurden demzufolge nicht von Verwaltungsgerichten, sondern von Amtsgerichten bzw. den im Rechtsmittelverfahren angerufenen Obergerichten entschieden. Das Problem um die straßenrechtliche Beurteilung politischer Werbung wird in dieser Rechtsprechung auf unterschiedliche Art und Weise angegangen. ²⁷²⁾

270) BVerfG, aaO, S. 380.

271) Pappermann, NJW 76, 1341 ff. - 1344, Salzwedel in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 1979, S. 567, Sigrist, DöV 76, 374 ff.; in diesem Sinne auch Stock, aaO, S. 67 ff.

272) Siehe hierzu die ausführliche Darstellung von Meinhard Schröder (DV 77, 451 ff. - 453 ff.).

- (1) Nach der vom OLG Stuttgart erstmals eingehend begründeten Ansicht zählt die Verteilung und der Handverkauf politischer Schriften prinzipiell zum Gemeingebrauch.²⁷³⁾ Dieses Ergebnis wird mit dem im innerörtlichen Bereich erweiterten Widmungszweck öffentlicher Straßen begründet. Die Widmung umfaßt nach der Auffassung auch die Möglichkeit zum Austauschen von Informationen und Meinungen. In diesem Sinne fungieren öffentliche Straßen und Plätze über die Ermöglichung von Ortsveränderung und Fortbewegung hinaus auch als allgemein zugängliches Forum der Kontaktnahme und Kommunikation, wie sie - wenn auch mit wechselnden Formen und unterschiedlichem Umfang - historisch gewachsen und für die lebende Gemeinschaft von wesentlicher Bedeutung sind. In gleicher Weise wie das Verweilen und Plaudern auf der Straße vom Gemeingebrauch umfaßt werde, gelte dies auch im Grundsatz für das Anbieten oder Austauschen schriftlicher Informationen oder Kommunikationsmittel, wenn dabei nicht das gewerbliche Interesse im Vordergrund stehe.

273) Beschl. d. OLG Stuttgart v. 25.9.1975, NJW 76, 201 ff.

Als eigenständige, zusätzliche Rechtfertigung dieses Ergebnisses wird die vom Bundesverfassungsgericht zu Art. 5 GG entwickelte "Wechselwirkungstheorie" herangezogen. 274) Danach müssen allgemeine Gesetze, wie die Straßengesetze, die die Meinungsfreiheit begrenzen, ihrerseits im Lichte der überragenden Bedeutung der Meinungsfreiheit gesehen werden. Aus dieser Wechselwirkung folgert man, daß der Gemeingebrauch Raum lassen müsse für Formen der Meinungsäußerung und Unterordnung, wie sie ohne Behinderung vorrangiger Rechte anderer möglich und gerade für eine demokratisch verfaßte, auf Informations- und Gedankenaustausch essentiell angewiesene Gesellschaft wesentlich sind.

Die Auffassung des OLG Stuttgart fand Zustimmung in der Rechtsprechung anderer Obergerichte.

274) Urt. d. BVerfG v. 15.1.1958, BVerfGE 7, 198 ff. - 208, Beschl. d. BVerfG v. 25.1.1961, BVerfGE 12, 113 ff. - 129 f., Urt. d. BVerfG v. 5.8.1966, BVerfGE 20, 162 ff. - 176 f.

Für den Geltungsbereich des BayStrWG, das - anders als die Straßengesetze des Bundes und der übrigen Bundesländer - das Vorliegen einer öffentlichrechtlichen Sondernutzung schon bei der Möglichkeit einer Gemeingebrauchsbeeinträchtigung bejaht, vertrat der BayVGH ²⁷⁵⁾ in Anlehnung an das OVG Lüneburg ²⁷⁶⁾ die Meinung, daß die Verteilung politischer Flugblätter in einer Fußgängerzone durch eine einzelne Person den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen kann. Der BayVGH läßt in dieser Entscheidung aber unbeantwortet, ob diese Art der Straßenbenutzung noch zum Gemeingebrauch oder bereits zur unentgeltlichen bürgerlich-rechtlichen Sondernutzung zählt.

- (2) Auf einem prinzipiell anders gearteten Ansatz basiert ein weiterer Versuch, die Verbreitung politischer Schriften in die straßenrechtliche Benutzungsordnung einzufügen. Es handelt sich dabei um die Befürwortung des Instituts der erlaubnisfreien öffentlichrechtlichen Sondernutzung durch die Oberlandesgerichte Düsseldorf ²⁷⁷⁾ und Celle. ²⁷⁸⁾

275) Urt. d. BayVGH v. 30.5.1978, DöV 78, 771 f.

276) Urt. d. OVG Lüneburg v. 25.8.1976, NJW 77, 916.

277) Urt. d. OLG Düsseldorf v. 6.2.1975, NJW 75, 1288 ff.

278) Beschl. d. OLG Celle (2. Strafsenat) v. 4.4.1975, NJW 75, 1894 f. und (1. Strafsenat) v. 25.4.1975, NJW 75, 1895 (Leitsatz).

Sie beurteilen die Verbreitung politischer Schriften als verkehrsfremden Vorgang, der nicht zum Gemeingebrauch gehört. Als öffentlichrechtliche Sondernutzung sei dieser Vorgang gleichwohl erlaubnisfrei. Zur Begründung dieser Auffassung wird ebenfalls die Wechselwirkungstheorie des Bundesverfassungsgerichts ²⁷⁹⁾ herangezogen. Das OLG Düsseldorf begründet seine Entscheidung damit, daß die Meinungsfreiheit durch die gesetzliche Erlaubnispflicht der Sondernutzung beschränkt werde, auch wenn in der Praxis die Erlaubnis regelmäßig erteilt werde. Ein Anspruch auf Erlaubniserteilung mache die Meinung nicht tatsächlich frei, weil ein Antrag gestellt und eine Entscheidung gefällt werden müßten. Dadurch würden spontane Verbreitungen zumindest erschwert oder in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt werden. Dies sei mit Art. 5 GG nicht vereinbar. Der allgemeine Zweck, die Sicherheit und Ordnung auf den Straßen zu gewähren, genüge hierfür nicht. Der gesetzliche Erlaubnisvorbehalt verkenne vielmehr die überragende Bedeutung der Meinungsfreiheit für das demokratische Gemeinwesen, soweit er die Verbreitung politischer Schriften auf den Straßen erfasse. Offen bleibt bei der Begründung des OLG Stuttgart ²⁸⁰⁾ die Frage, ob statt der Erlaubnis- eine Anzeigepflicht besteht.

279) Anm. 274.

280) Anm. 273.

Das OLG Celle (zweiter Strafsenat) bejaht hingegen die Anzeigepflicht und hält den Erlaubnisvorbehalt für untragbar, weil kein Anspruch auf die Erlaubnis bestehe, da diese mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden könne und weil zur Vermeidung von Straßenverschmutzungen sowie zur Gewährleistung von Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs eine Anzeigepflicht ausreiche.²⁸¹⁾ Das OLG Celle (erster Strafsenat) vertritt eine ähnliche Meinung, mit dem Unterschied, daß der Verkauf und das Verteilen politischer Schriften als Straßenbenutzungsverhältnis betrachtet wird, das zwischen Gemeingebrauch und erlaubnispflichtiger Sondernutzung steht.²⁸²⁾

Die Auffassung vom erlaubnisfreien Sondernutzungstatbestand wurde in der neueren Literatur und Rechtsprechung häufig kritisiert. Dabei werden insbesondere methodische Bedenken dagegen vorgebracht, die gesetzliche Systematik eines zulassungsfreien Gemeingebrauchs und einer erlaubnispflichtigen Sondernutzung aufzubrechen.²⁸³⁾

281) Anm. 278.

282) Anm. 278.

283) Pappermann, aaO, S. 1344, Sigrist, DöV 76, 376 ff. - 377, Meinhard Schröder, aaO, S. 456.

Mehr Einigkeit als bei der rechtlichen Beurteilung des Verteilens politischen Werbematerials durch Fußgänger herrscht indessen, wenn es das Aufstellen eines Tisches oder Informationsstandes zum Zwecke der politischen Werbung rechtlich einzuordnen gilt. Die Auffassung des OLG Saarbrücken, ²⁸⁴⁾ wonach dies zum Gemeingebrauch zählt, wenn dadurch keine zusätzliche Behinderung des Gemeingebruchs eintritt, weil der Tisch etwa an einer den Verkehr ohnehin behindernden Säule aufgestellt wird, wurde auf Vorlage des OLG Stuttgart hin vom BGH ²⁸⁵⁾ in Anlehnung an das OLG Stuttgart entschieden zurückgewiesen. Der BGH betrachtet das Aufstellen eines Tisches auf öffentlichen Straßen zur politischen Werbung als erlaubnispflichtige Sondernutzung, und zwar unabhängig von der Feststellung, ob im konkreten Fall über bereits gegebene ortsbedingte Behinderungen hinaus weitere Beeinträchtigungen des Verkehrs eingetreten oder zu erwarten sind.

284) Beschl. d. OLG Saarbrücken v. 22.12.1975, NJW 76, 1362 f. In diesem Sinne auch Urt. d. AG Frankfurt v. 4.5.1976, NJW 76, 1363.

285) Vorlagebeschluß des OLG Stuttgart v. 28.4.1978, DVBl. 79, 77 ff. - 78, Beschl. d. BGH v. 30.1.1979, NJW 79, 1610 ff. Zur politischen Werbung im Straßenraum siehe ferner Beschl. d. OLG Bremen v. 12.2.1976, NJW 76, 1359 f. und Beschl. d. OLG Karlsruhe, v. 15.4.1976, NJW 76, 1360 ff. sowie Pappermann, NJW 76, 1341 ff., Crombach, DVBl. 77, 27 ff. und Steinberg, NJW 78, 1898 ff. sowie Stock, aaO.

Diese Auffassung wird damit begründet, daß das Aufstellen von Tischen im Straßenraum allgemein als hinderlich und nicht verkehrsmäßig empfunden wird. Eine derart extensive Ausweitung des Gemeingebrauchs wird - so der BGH - auch nicht durch das im Lichte der Wechselwirkungstheorie durch Art. 5 GG geschützte Recht auf freie Meinungsäußerung und Meinungsverbreitung gerechtfertigt. 286) Der BGH nimmt in dieser Entscheidung zur Frage, ob unter Verkehr im Sinne des § 15 Abs. 1 BWLStrG allein das Streben nach Ortsveränderung, nach Überwinden von Entfernungen einschließlich des ruhenden Verkehrs zu verstehen ist, oder ob unter diesen Begriff auch noch die Kontaktaufnahme und Kommunikation mit anderen Verkehrsteilnehmern zu subsumieren ist, ebensowenig abschließend Stellung, wie zu den unterschiedlichen Ansichten der Oberlandesgerichte hinsichtlich der Verteilung von Flugblättern und Handzetteln politischen Inhalts von Mensch zu Mensch.

3. Zusammenfassung und Kritik

Die vorstehenden Darlegungen zeigen, daß die Benutzung öffentlicher Straßen seit dem Erlaß der neuen Straßengesetze von anhaltenden Rechtsunsicherheiten begleitet wird.

286) BGH, aaO, S. 1611 f.

Die gesteigerte Diskussion der Problematik in jüngster Zeit macht deutlich, daß eine dogmatisch klare und zugleich praktikable Lösung, die einer sachgerechten "Straßenbenutzungsordnung" zugrunde liegen muß, derzeit noch aussteht. Die Straßenbenutzung für Zwecke der Außenwerbung, insbesondere der Anliegerwerbung, nimmt naturgemäß an der bestehenden Rechtsunsicherheit teil. Diese beruht in der Hauptsache darauf, daß der Gesetzgeber - in Abkehr von einer nicht mehr zeitgemäßen Tradition - den Gemeingebrauch in den neuen Straßengesetzen als vorwiegend verkehrsmäßige Straßenbenutzung im Sinne einer auf Ortsveränderung gerichteten Tätigkeit neu bestimmt und außerverkehrliche Straßenbenutzungen ausnahmslos der straßenrechtlichen Sondernutzung zugeordnet hat. Die von den Vertretern eines erweiterten Gemeingebrauchsbegriffs gegen diese Feststellung vorgetragene Kritik erweist sich als nur scheinbar gerechtfertigt, da die neuen Straßengesetze auch unter Zugrundelegung eines engen Gemeingebrauchsbegriffs durchaus einer sachgerechten Interpretation zugänglich sind. Auch der in der Rechtsprechung unternommene Versuch, im Wege verfassungsrechtlicher Argumentation die Systematik der neuen Straßengesetze im Bereich der Anliegernutzung zu durchbrechen, muß als unnötig und gescheitert angesehen werden.

Einem weiten Gemeingebrauchsbegriff ist entgegenzuhalten, daß damit Straßenbenutzungen in den Gemeingebrauch einbezogen werden, die - wie beispielsweise die Straßenbenutzung für Zwecke politischer Werbung oder Anliegerwerbung - dem Begriff des Verkehrs, der mit der Vorstellung der Bewegung und Ortsveränderung unlösbar verbunden ist, diametral gegenüberstehen. Wenn das OLG Stuttgart ²⁸⁷⁾ aus der "gesteigerten Bedeutung, die in einem heute faktisch weithin von Massenmedien beherrschten Informationswesen der Möglichkeit zur Verteilung von Druckschriften zukommt" ein Erfordernis zu einer Neubestimmung des Gemeingebrauchs ableitet und damit grundsätzlich Erlaubnisfreiheit solcher Verhaltensweisen begründet, so begegnen dieser Auffassung insofern Bedenken, als eine Neubestimmung des Gemeingebrauchs durch Einbeziehung der "Kommunikation" gefordert wird. Der Gemeingebrauch wurde durch die neuen Straßengesetze als vorwiegend verkehrsmäßige Straßenbenutzung festgelegt, ²⁸⁸⁾ die durch eine auf Ortsveränderung gerichtete Tätigkeit hinreichend bestimmt ist. Daher ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen diese klare Legaldefinition durch den schillernden Begriff der "Kommunikation" verwässert werden soll.

287) OLG Stuttgart, aaO, S. 78.

288) Diese Feststellung wird durch die Mehrzahl der Straßengesetze bestätigt und kann auch in den Bundesländern Geltung beanspruchen, deren Straßengesetze die Formulierung "zum Verkehr" nicht aufweisen. In diesem Sinne für das BWStrG, BGH, aaO, S. 1611.

Die Erweiterung des Gemeingebrauchsbegriffs über den Gebrauch zum Verkehr hinaus würde nicht nur die gesetzgeberische Grundsatzentscheidung in den neuen Straßengesetzen beiseiteschieben, sondern die Rechtsunsicherheit vergrößern, da der Begriff der "Kommunikation" für eine klare Grenzziehung zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung wenig geeignet erscheint. Wenn außerverkehrliche Straßenbenutzungen in zunehmendem Maße das Straßenbild innerorts zu einem "allgemein zugänglichen Forum der Kontaktnahme und Kommunikation" 289) werden ließen, so zwingt dies nicht zur Änderung des Gemeingebrauchsbegriffs. Derartige außerverkehrliche Nutzungen gehören - ungeachtet des Umfangs der öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung der Straße - nach der derzeit geltenden Straßenrechtssystematik grundsätzlich in den Bereich der Sondernutzung. 290) Diese Feststellung gilt unabhängig von der Frage, ob sie als Sondernutzungen einer Erlaubnis- oder (und) Entgeltpflicht unterliegen.

289) Pappermann, aaO, S. 1344.

290) In diesem Sinne auch Meinhard Schröder, aaO, S. 456 ff. und Groll, NJW 76, 2156 f.

Das Festhalten an einem engen Gemeingebrauchsbegriff bietet den vorteil einer verhältnismäßig klaren Trennung zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung. Der an der verkehrsmäßigen Straßenbenutzung orientierte Gemeingebrauchsbegriff verhindert ein unmerkliches Umschlagen der gemeingebrauchlichen Straßennutzung in den Sondernutzungstatbestand auch dann, wenn die Straßenbenutzung durch andere Gesetze verboten ist (unzulässiger Gemeingebrauch). Ein Fußgänger, der bei einer rot anzeigenden Verkehrsampel die Straße überschreitet, übt ebenso (unzulässigen) Gemeingebrauch aus wie ein "Geisterfahrer" auf der Gegenfahrbahn der Autobahn. Hierbei handelt es sich nicht etwa um eine straßenrechtliche Sondernutzung, sondern um (unzulässigen) Gemeingebrauch. Die zusätzliche Motivation des Straßenbenutzers ist straßenrechtlich unbeachtlich; solange der Verkehrszweck bei der Straßenbenutzung überwiegt, liegt Gemeingebrauch vor. Die Hereinnahme kommunikativer Straßenbenutzungen und solcher der Straßenanlieger in den Gemeingebrauch verwischt die eben aufgezeigten klaren Grenzen zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung. Dies wird an der neueren Rechtsprechung hierzu deutlich. So wird beispielsweise die Verteilung von politischem Werbematerial auf der Straße von Mensch zu Mensch als gemeingebrauchlich angesehen, ²⁹¹⁾ während die gleiche Tätigkeit als erlaubnis- und gebührenpflichtige Sondernutzung beurteilt wird, wenn zum Zwecke der Verteilung ein Tisch oder Informationsstand verwendet wird. ²⁹²⁾

291) Urt. d. VG Berlin, v. 12.11.1971, DVBl. 72, 511 ff. - 515, Urt. d. OVG Berlin, v. 1.6.1973, NJW 73, 2044 ff.,

Im Bereich der Anliegerwerbung tritt das gleiche Problem in der Weise zutage, daß die gegenständliche Inanspruchnahme des Straßenraums durch Anlagen der Außenwerbung allgemein zwar als erlaubnis- und gebührenpflichtige öffentlichrechtliche Sondernutzung gilt, während eine geringfügige Inanspruchnahme des Straßenraums durch Anlagen der Anliegerwerbung noch als gemeingebräuchlich erachtet wird.²⁹³⁾ Freilich darf nicht übersehen werden, daß die seit Erlaß der neuen Straßengesetze zumindest in der Rechtsprechung dominierende Auffassung vom engen Gemeingegebrauchsbegriff die Erlaubnisfreiheit gewisser kommunikativer Straßenbenutzungen und solcher der Straßenanlieger kaum überzeugend zu begründen vermochte.

Zu 291) siehe hierzu auch Pappermann, aaO, S. 1342, in diesem Sinne auch bezüglich des Handverkaufs von Zeitungen zum Zwecke nicht gewerblicher Werbung auf innerörtlichen Straßen Beschl. d. OLG Bremen v. 12.2.1976, NJW 76, 1359 f. Im Ergebnis ebenso Beschl. d. OLG Stuttgart, v. 25.9.1975, DVBl. 76, 113 ff. Siehe auch Urt. d. BayVGh v. 30.5.1978, DVBl. 79, 80 f. zum Verteilen politischer Flugblätter in einer Fußgängerzone.

292) Siehe OLG Bremen, aaO, Vorlagebeschuß d. OLG Stuttgart, v. 28.4.1978, DVBl. 79, 77 ff., dagegen, Beschl. d. OLG Saarbrücken v. 22.12.1975, NJW 76, 1362 f., Urt. d. AG Frankfurt v. 4.5.1976, NJW 76, 1363 f. und ähnlich auch Beschl. d. OLG Karlsruhe v. 15.4.1976, NJW 76, 1360 ff.

293) Urt. d. BVerfG v. 21.10.1970, DVBl. 71, 180 ff., v. 18.10.1974, BayVBl. 75, 146 f., Urt. d. BGH v. 4.5.1973, NJW 73, 1281 ff., v. 3.2.1978, DVBl. 79, 73 ff., siehe hierzu auch v. Olshausen, NJW 73, 2062 f.

Dies trifft vornehmlich für die Rechtsprechung des BVerwG ²⁹⁴⁾ zur Kerngewährleistung des Anliegergebrauchs zu, die sich für die Bestimmung des Umfangs dieser Straßenbenutzung als wenig hilfreich erwiesen hat, da Anlieger in sehr unterschiedlicher Weise auf die Nutzung ihres Grundstücks "angewiesen" sind. Mehr als ein Jahrzehnt nach dem grundsätzlichen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts hierzu ²⁹⁵⁾ beweist die bestehende reichhaltige Einzelfallrechtsprechung einmal mehr die Schwäche dieser Konstruktion. Neben methodischen und verfassungsrechtlichen Bedenken ²⁹⁶⁾ muß sie sich den Vorwurf gefallen lassen, daß - wie Bartlsperger ²⁹⁷⁾ überzeugend nachweist - der grundrechtliche Straßenbenutzungsanspruch der Anlieger auch im Rahmen des Sondernutzungsrechts realisiert und damit an eine besondere Zulassung geknüpft werden kann, wenn das öffentliche Interesse an einer solchen Regelung durch einen sachlichen Grund gedeckt ist. Nur wo diese Voraussetzung nicht vorliegt, ist es - nach der Auffassung Bartlspergers - zwingend, die Anliegernutzung dem Gemeingebrauch zuzuordnen.

294) Anm. 260 und 261.

295) Anm. 260.

296) Siehe hierzu bei Maurer, DÖV 75, 217 ff. - 224 ff.

297) Bartlsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 78 m.N. aus Literatur und Rechtsprechung.

Unter dieser Betrachtungsweise schrumpft der grundrechtlich geschützte Anlieger-(Gemein-) Gebrauch, jedenfalls im Bereich der Anliegerwerbung, auf ein unbedeutendes Maß völlig harmloser Straßenbenutzungen, da der sachliche Grund für eine Reglementierung der Anliegerwerbung im Rahmen des Sondernutzungsrechts darin erblickt werden kann, daß die Außenwerbung generell geeignet ist, den Gemeingebrauch zu gefährden bzw. beeinträchtigen, sofern sie im Straßenraum wahrnehmbar ist.²⁹⁸⁾ Mit Maurer²⁹⁹⁾ ist davon auszugehen, daß es lediglich darauf ankommt, daß die unter der Geltung des früheren weiten Gemeingebrauchsbegriffs ausgeübte Anliegernutzung als zulässige Straßennutzung anerkannt wird. Dies wird auch von denjenigen nicht verneint, die den überwiegenden Teil des Anliegergebrauchs der Sondernutzung zuordnen,³⁰⁰⁾ da diese Nutzung sich üblicherweise als erlaubnisfähige Straßenbenutzung erweist. Wenn nun ohnehin bereits nach beiden Auffassungen vom Verkehrsbegriff wesentliche Nutzungsformen des früheren Anliegergebrauchs dem erlaubnisfähigen, aber gleichwohl erlaubnispflichtigen Sondernutzungsstatbestand unterfallen, so erscheint es methodisch nicht nur vertretbar, sondern es bietet sich geradezu an, den verbliebenen Rest nicht - systemwidrig - dem Gemeingebrauch, sondern der Sondernutzung zuzuordnen.

298) Siehe oben E. I., II.

299) Maurer, aaO, S. 226.

300) Siehe oben G. II. 1. a.

Dieser Rest des Anliegergebrauchs stellt sich dann als erlaubnisfreie Sondernutzung dar. Falls sich ein solcher Straßenbenutzungstatbestand mit der geltenden Straßenbenutzungsordnung vereinbaren läßt, dürfte sich ein unmittelbarer Rückgriff auf die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie ³⁰¹⁾ zur Begründung eines Anliegergebrauchs nicht nur als überflüssig, sondern auch als unzulässig erweisen. ³⁰²⁾

Eine interpretatorische Korrektur der geltenden Straßengesetze im Sinne eines erlaubnisfreien Sondernutzungstatbestands läßt sich damit rechtfertigen, daß der Gesetzgeber bei der Festlegung der prinzipiellen Zweispurigkeit bei der Straßenbenutzung außer Acht gelassen hat, daß mit der Abdrängung des Anliegergebrauchs in die Sondernutzung gewisse Straßenbenutzungen ungeregelt geblieben sind. Diese Feststellung trifft jedenfalls für diejenigen Gesetzgeber zu, die die gemeingebräuchliche Straßenbenutzung ausdrücklich auf eine Benutzung "zum Verkehr" beschränkt haben.

301) Vgl. oben G. II. 2.

302) Nach der Auffassung Maurers ist die Verselbständigung der Anliegernutzung verfassungsrechtlich weder geboten noch verwehrt (Maurer, aaO, S. 226).

Es handelt sich dabei um Straßenbenutzungen, die dem engen Gemeingebrauchsbegriff nicht mehr zugehören, weil die Straße nicht zu Verkehrszwecken benutzt wird. Diese Straßenbenutzungen erweisen sich als so geringfügig, daß sie die Bezeichnung "Bagatellnutzungen" verdienen. Sowohl im Hinblick auf die Nutzungsintensität als auch hinsichtlich der ausgelösten Gemeingebrauchsbeeinträchtigung bzw. -gefährdung ist der rechtliche Standort der Bagatellnutzungen im Sondernutzungsrecht. Wollte man für Bagatellnutzungen eine Sondernutzungserlaubnis verlangen und ihre Ausübung von der Entrichtung einer Sondernutzungsgebühr abhängig machen, so erschiene dies mangels eines Überwachungsbedürfnisses sowohl unter dem Gesichtspunkt der Nutzungsreglementierung als auch der Gefahrenabwehr als unverhältnismäßig. Ungeachtet der sonstigen verfassungsrechtlichen Problematik ³⁰³⁾ begegnen einer derartigen Regelung aus Gründen der Praktikabilität erhebliche Bedenken. Den Tatbestand von Bagatellnutzungen erfüllen z.B. harmlose Werbevorgänge von Straßenanliegern ³⁰⁴⁾ und sonstige bescheidene Formen außerverkehrlicher Kommunikation. ³⁰⁵⁾

303) Zur grundgesetzlichen Kerngewährleistung des Anliegergebrauchs siehe die Nachweise in Anm. 260 und 261.

304) Z.B. unaufdringliche Schaufensterwerbung, Hinweisschilder auf Kanzlei- und Geschäftsräume oder kleines Schild im Fenster: "Gebrauchter Kinderwagen billig abzugeben", etc.

Bagatellnutzungen, die im Bereich der Anliegerwerbung im wesentlichen mit dem "Rest des früheren Anliegergebrauchs" übereinstimmen, sind einem "erlaubnis-freien Sondernutzungstatbestand" zuzuordnen. Auf diese Weise wird erreicht, daß sich die Anliegerwerbung ohne systemwidrige Aufblähung des Gemeingebrauchsbegriffs auch künftig in begrenztem Umfang als erlaubnis- und gebührenfreie Straßenbenutzung verwirklichen kann.

Aus Vorstehendem wird ersichtlich, daß auch unter Festhalten an einem engen Gemeingebrauchsbegriff die Rechtsunsicherheit bei der Straßenbenutzung noch keineswegs ausgeräumt ist, da die Abgrenzungsprobleme lediglich in den Sondernutzungstatbestand verlagert sind. Diese Feststellung bleibt jedoch unergiebig, wenn nicht der Versuch unternommen wird, eine "neue Straßenbenutzungsordnung" darzulegen. Unter Zugrundelegung des engen Gemeingebrauchsbegriffs ist vor allem der Sondernutzungstatbestand insgesamt neu zu überdenken. Die Überlegungen hierzu sind an der bestehenden Straßenrechtssystematik sowie an den einschlägigen straßenrechtlichen Vorschriften ausgerichtet, soweit letztere einer systemgerechten Interpretation zugänglich erscheinen.

- 305) Z.B. Abgabe religiöser Schriften an interessierte Passanten von einem festen Standort aus durch eine Person.

III. Die Straßenbenutzungsordnung des neuen Straßenrechts

Eine "neue Straßenbenutzungsordnung" unterliegt der Forderung, daß sie nicht nur sämtliche Straßenbenutzungen erfaßt, sondern auch auf die Bedürfnisse der Straßenbenutzer bei der Vergabe der Nutzungsmöglichkeiten angemessen Rücksicht nimmt, um dadurch der wirklichen Bedeutung öffentlicher Straßen gerecht zu werden. Dabei hat die Erkenntnis zugrunde zu liegen, daß öffentliche Straßen weder als trostlose Verkehrskanäle noch als lärmender Tummelplatz wirtschaftlicher und politischer Agitation ihre wahre Funktion erfüllen können. Diese ist vielmehr gekennzeichnet durch die Benutzbarkeit der öffentlichen Straße als öffentlichrechtliches Mehrzweckinstitut der Leistungsverwaltung.

1. Die Theorie von der Straße als leistungsrechtlichem Mehrzweckinstitut

Eine neue Institutionenlehre des Straßenrechts ³⁰⁶⁾ betrachtet die öffentlichen Straßen unter dem Aspekt ihrer Einbeziehung in das Sinngefüge der modernen Leistungsverwaltung. ³⁰⁷⁾

306) Siehe die Nachweise in Anm. 8.

307) Allgemein zum Begriff der Leistungsverwaltung siehe Forsthoff, Verwaltungsrecht I, Vorbem. vor § 20, S. 368 ff. - 370, dort zahlr. Verweisungen in Anm. 2 ders., Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung 1959, Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht III, § 137 m. zahl. Verweisungen.

Aus leistungsrechtlicher Sicht stehen öffentliche Straßen im Dienste jeder Straßenbenutzung und aller Anlagen, die mit einer Straße im Hinblick auf deren Funktion als öffentlicher Verkehrsweg verbunden werden. Öffentliche Straßen stellen funktional betrachtet eine umfassende Verwaltungsleistung dar, deren Rechtsstatus in dem Zustand des öffentlichrechtlichen "Verwaltet-Werdens" besteht. 308) Die Vielfalt realer, zum Teil rivalisierender Straßenbenutzungen hat die moderne Straße in ein leistungsrechtliches Mehrzweckinstitut verwandelt. 309) Die Herstellung und Vorhaltung öffentlicher Straßen sowie die Gewährleistung ihrer Benutzbarkeit im Zuge der Erfüllung einer Aufgabe der Daseinsvorsorge stellt sich als eine dauernde Sachnutzung gewährende Leistung der Verwaltung dar.

308) Bartlsperger, Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung, S. 11 ff., ders., Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache, S. 204 ff., ders., DVBl. 79, 1 ff. - 12 ff. Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat die rechtsbegriffliche Funktionsbetrachtung der öffentlichen Straßen als öffentlichrechtliche Verwaltungsleistung Anerkennung gefunden (BVerfG Urt. v. 10.3.1976, BVerfGE 42, 20 ff. - 32 = NJW 76, 1835 ff. - 1836).

309) Grundlegend hierzu Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative 1961, S. 27 f.

Diese Verwaltungsleistung ist nicht lediglich einer Inanspruchnahme als Verkehrsweg, sondern auch einer Nutzung zu mannigfaltigen außer-
verkehrlichen Zwecken eröffnet.³¹⁰⁾ Aus
leistungsrechtlicher Sicht sind indessen nur
solche Benutzungsvorgänge von Interesse, die
die öffentliche Straße in ihrer Leistungs-
funktion in Anspruch nehmen. Die Inanspruch-
nahme ist gekennzeichnet durch einen Leistungs-
konsum des Straßenbenutzers, der sich als
Schmälerung der Nutzungsmöglichkeiten anderer
auswirkt und bei zunehmender Kapazitätsaus-
lastung zu wachsender Rivalität führt.³¹¹⁾
Die erweiterte leistungsrechtliche Funktion
öffentlicher Straßengebietet es, deren
Zweckbestimmung der gegenwärtigen Bedarfs-
lage anzupassen.³¹²⁾ Dies geschieht durch
Expansion des öffentlichen Straßenregimes
im Wege der Erweiterung der öffentlichen
Zweckbestimmung öffentlicher Straßen. Der
Gemeingebrauch als Straßenbenutzung vor-
wiegend zum Verkehr im Sinne einer Ortsver-
änderung, dessen Priorität gegenüber anderen
Straßenbenutzungstatbeständen von jeher
anerkannt ist,³¹³⁾ bleibt dabei unangetastet.

310) Zur erweiterten öffentlichen Zweck-
bindung öffentlicher Straßen, Harding-
haus, Öffentliche Sachherrschaft und
öffentliche Sachwaltung 1966, S. 110,
in diesem Sinne auch Forsthoff, Ver-
waltungsrecht I, § 20 (S. 395).

311) Siehe oben E. III.

312) Dies wurde von Köttgen schon vor fast
20 Jahren erkannt (Köttgen, aaO, S. 24 ff.),
in diesem Sinne auch Hardinghaus, aaO,
S. 35 f. und 110 f.

Die erweiterte Zweckbestimmung öffentlicher Straßen schließt neben gemeingebräuchlichen auch gemeingebrauchsüberschreitende und -fremde (Sonder-)Nutzungen ein. Die Frage nach deren Rangordnung untereinander oder deren Zulassungsbedürftigkeit bzw. deren Unzulässigkeit im konkreten Einzelfall bleibt davon unberührt. Der so verstandene öffentliche Mehrzweck der Straße umfaßt somit die Gesamtheit der Straßenbenutzungen, die die öffentliche Straße in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsleistung in Anspruch nehmen. Die erweiterte öffentlichrechtliche Zweckbestimmung verdrängt das private Straßeneigentum zugunsten einer hoheitlichen (Teil-) Herrschaft. Es entsteht insoweit eine umfassende öffentliche Sachherrschaft, die sog. "öffentliche Sachwaltung". ³¹⁴⁾ Eine privatrechtliche Sachwaltung kann nur noch außerhalb der Öffentlichen Platz greifen. Die Grundlage hierzu bildet das private Straßeneigentum, dem kaum mehr als die Eigenschaft einer "statistischen Position" verbleibt. ³¹⁵⁾ Das private Straßeneigentum kann wieder zum Vollrecht erstarken, wenn die öffentliche Sachwaltung entfällt.

313) Zum Wesen und Inhalt des überkommenen Gemeingebrauchsbegriffs siehe oben F. I. 1., siehe hierzu auch Köttingen, aaO, S. 35.

314) Hardinghaus, aaO, S. 152.

315) Stern, VVDStRL 21 (1964) 203.

In gleichem Maße wie das private Straßen-
eigentum verdrängt wird, verliert der
Straßeneigentümer die Befugnisse aus dem
Eigentum. An die Stelle des Eigentums tritt
insoweit die umfassende öffentliche Sach-
verwaltung. Dadurch wird die Zustimmung des
Straßeneigentümers für alle Straßenbenutzungen
entbehrlich, die von der öffentlichen Sach-
verwaltung erfaßt werden. Diese Benutzungsvorgänge
beurteilen sich ausschließlich nach öffentlichem
Recht und unterfallen dem Kompetenzbereich der
Straßenverwaltung.

2. Die Vereinbarkeit der Theorie vom leistungs-
rechtlichen Mehrzweckinstitut Straße mit den
geltenden Straßengesetzen

Als traditionelles Anwendungsfeld der über-
kommenen Anschauung vom Rechtsstatus der
öffentlichen Sachen, der Theorie vom
modifizierten Privateigentum, ruht das
Straßenrecht auf bewährten Institutionen
wie Widmung, Gemeingebrauch und Sonder-
gebrauch. Dies gilt grundsätzlich auch für
die neuen Straßengesetze, die im Prinzip
noch an der traditionellen dualistischen
Konzeption festhalten, die sich durch ein
Nebeneinander von privatem und öffentlichem
Recht auszeichnet. Der herkömmliche Dualismus
schließt aber eine Betrachtung der neuen
Straßengesetze unter dem Blickwinkel des
öffentlichen Leistungsrechts keineswegs aus.

- (1) Die Benutzung öffentlicher Straßen im Rahmen des Gemeingebrauchs zum Verkehr im Sinne einer Ortsveränderung und in der Form des gemeingebrauchsüberschreitenden bzw. -fremden Sondergebrauchs fügt sich problemlos in ein konstruktiv leistungsrechtliches Denkmodell ein. Sowohl die Ausübung des Gemeingebrauchs als auch des Sondergebrauchs stellt sich regelmäßig als Inanspruchnahme einer Verwaltungsleistung dar, die zu einer Kapazitätsbelastung öffentlicher Straßen führt. ³¹⁶⁾ Die neuen Straßengesetze erweisen sich auch insoweit mit der Vorstellung von einer vorwiegend öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft an öffentlichen Straßen vereinbar, als sie bei nichtgemeingebrauchlichen Straßenbenutzungen, die den Gemeingebrauch beeinträchtigen, ³¹⁷⁾ ohnehin auf eine Zustimmung des Straßeneigentümers verzichten. ³¹⁸⁾ Ausnahmen hiervon bilden das BlnStrG, das in Anknüpfung an die Tradition des preußischen Straßenrechts strikt an der eigentumsrechtlich-wegepolizeilichen Konstruktion der Sondernutzung festhält ³¹⁹⁾ sowie die Regelung der Freien und Hansestadt Hamburg, die einem dogmatisch prinzipiell anders gearteten Ansatz folgt. ³²⁰⁾

316) Siehe oben E. III.

317) Das BayStrWG stellt auf die Möglichkeit einer Beeinträchtigung ab (Art. 18, Abs. 1 BayStrWG).

318) Siehe z.B. § 17 Abs. 1 BWStrG, § 16 Abs. 1 HessStrG, § 18 Abs. 1 NStrG.

Sie gelangt mit der Einführung des "öffentlichen Eigentums" zwangsläufig zu einer ausschließlich öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung. Eine weitere Hinwendung zu einer öffentlichen Sachherrschaft an öffentlichen Straßen wird aus dem Bestreben ersichtlich, Straßeneigentum und Straßenherrschaft möglichst in der Hand eines Hoheitsträgers zu vereinen. In den neuen Straßengesetzen kommt diese Tendenz dadurch zum Ausdruck, daß das private Straßeneigentum von Straßenbaulastträgern bei Umstufungen der Straße, an die der Wechsel der Straßenbaulast anknüpft, auf die neuen Straßenbaulastträger übergeht. 321)

- 319) Bartlsperger, Das Sachenrechtsverhältnis der öffentlichen Straßen, in: ders.-Blümel-Schroeter (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980, S. 51ff.-54.
- 320) Vgl. § 10 Abs. 1 BlnStrG und §§ 4, 19 HambWG.
- 321) Siehe § 6 Abs. 1 FStrG und die entsprechenden Vorschriften in den Landesstraßengesetzen, ferner Hardingham, aaO, S. 50, dort Anm. 45.

- (2) Mit einer ausschließlich öffentlich-rechtlichen Straßenbenutzung, die auf dem öffentlich-rechtlichen Straßenregime beruht, stehen die neuen Straßengesetze jedoch insofern nicht in Einklang, als sie Straßenbenutzungen, die den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen, ³²²⁾ von einer privatrechtlichen Gestattung abhängig machen, die aber - inkonsequenterweise - nicht vom Straßeneigentümer, sondern vom Straßenherrschaft, dem Straßenbaulastträger, erteilt wird. ³²³⁾ Freilich erweist sich diese Regelung bei näherem Hinsehen als nicht mehr zeitgemäßes, systemwidriges Zugeständnis an die Versorgungswirtschaft. Die Benutzung öffentlicher Straßen zum Zwecke des Verlegens von Versorgungsleitungen stand seit eh und je unter der Prävalenz des Privatrechts. ³²⁴⁾

322) Die bayerische Regelung stellt auch insoweit auf die Möglichkeit einer Beeinträchtigung ab (Art. 22 Abs. 2 BayStrWG).

323) Vgl. z.B. § 14 Abs. 1 BWStrG und Art. 13 Abs. 1 BayStrWG. Diese Regelung ist keine Errungenschaft des "neuen Straßenrechts", sie beruht auf § 3 Abs. 1 des Gesetzes über die einstweilige Neuordnung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung (StrRegG) v. 26.3.1934 (Festl. 1934 248).

324) Siehe die Nachweise bei Schack, VerwArch. 54 (1963) 44, dort Anm. 8.

Eine solche Rechtstradition vermag indessen nicht weiterhin die Erkenntnis zu verschließen, daß es sich bei der Unterbringung von Versorgungsleitungen im Straßenkörper um eine Inanspruchnahme der Straße als Verwaltungsleistung handelt und nicht etwa nur um die Benutzung von Grundstücks- "Eigentum". 325) Öffentliche Straßen dienen als Mehrzweckinstitute 326) neben der verkehrsmäßigen auch der versorgungswirtschaftlichen Erschließung von Anliegergrundstücken. Bei der Unterbringung von Versorgungsleitungen wird die Straße als Verkehrsweg benutzt, da nur eine ihrem Verlauf angepaßte Trassierung der Versorgungsleitungen deren zweckmäßigste Verlegung sowie die unproblematische Herstellung der Hausanschlüsse gewährleistet. Daß eine öffentlichrechtliche Sondernutzung vorliegt wird daraus ersichtlich, daß die Straßenbenutzung zum Zwecke der öffentlichen Versorgung mit leitungsgebundener Energie eine latente Gefährdung der gemeingebräuchlichen Straßenbenutzung beinhaltet. Die zahlreichen Tiefbaustellen an innerörtlichen Straßen, die infolge von Leitungsdefekten erforderlich werden, bestätigen diese Behauptung eindrucksvoll.

325) Eine abweichende Betrachtungsweise erscheint dann gerechtfertigt, wenn die Straße nur als Hindernis überwunden werden soll. Siehe dazu Bartlsperger, Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung, S. 21 ff. - 23.

326) Siehe die Nachweise in Anm. 9.

Der Gesetzgeber hat dies offenbar auch erkannt, ohne allerdings die erforderliche rechtliche Konsequenz hieraus zu ziehen. Denn nur so erklärt es sich, daß er die Inanspruchnahme öffentlicher Straßen für Zwecke der öffentlichen Versorgung in Anknüpfung an eine überkommene Praxis in den neuen Straßengesetzen auch dann ausdrücklich der bürgerlichrechtlichen bzw. sonstigen Nutzung zugeordnet hat, wenn dadurch der Gemeingebrauch beeinträchtigt wird. 327)

Mit der Verlegung von Versorgungsleitungen erschöpft sich die Kollision zwischen öffentlichrechtlicher Benutzungsordnung und bürgerlichrechtlichem bzw. sonstigem (Sonder-)Nutzungstatbestand weitestgehend. Andere Nutzungen öffentlicher Straßen, wie z.B. die Nutzung des Bewuchses von Banketten oder der Bepflanzung von Böschungen und das Einleiten von Oberflächenwasser in die Straßenentwässerung, nehmen die Straße nicht in ihrer Eigenschaft einer künstliche Sachnutzung gewährenden Verwaltungsleistung in Anspruch, da sie nicht zu einer Leistungsverknappung führen. Sie unterfallen daher nicht der öffentlichrechtlichen Benutzungsordnung.

327) Vgl. z.B. § 8 Abs. 10 FStrG,
§ 23 BWStrG, Art. 22 Abs. 2
BayStrWG, § 20 Abs. 1 HessStrG
etc.

- (3) Die Theorie vom leistungsrechtlichen Mehrzweckinstitut erfordert eine geänderte Betrachtungsweise der straßenrechtlichen Widmung.³²⁸⁾ Unter Widmung wird herkömmlicherweise ein Rechtsakt verstanden, der die Öffentlichkeit der gewidmeten Sache begründet und deren öffentliche Zweckbindung festlegt.³²⁹⁾ Die Rechtsfolgen der straßenrechtlichen Widmung bestehen nach der überkommenen Auffassung einmal darin, daß die Straße den Rechtsstatus einer öffentlichen Straße im Sinne des Straßenrechts erlangt (Kreationsakt) und zugleich in eine der gesetzlich vorgeschriebenen Straßenklassen eingestuft wird. Zum anderen bestimmt die Widmung die öffentliche Zweckbindung als Nutzung zum (Gemein-)Gebrauch unter gleichzeitiger Zurückdrängung des privatrechtlichen Eigentums an dem Straßengrund in dem Maße, wie es die öffentliche Zweckbindung erfordert.

328) Ausführlich zur Widmung siehe Schallenberg, Die Widmung, 1955, Schulzenstein, VerwArch. 28 (1937) 169 und Kodal, Straßenrecht, S. 146 ff., siehe hierzu auch Obermayer, Grundzüge, S. 158 ff.

329) In diesem Sinne Kodal, aaO, Forsthoff, Verwaltungsrecht I, § 20 (S. 384), Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 56 I, Salzwedel, in: Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1977, S. 333, Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 1977, S. 50 ff.

Für privatrechtliche Verfügungen über Grundstücke, die der Straße dienen, verbleibt nur noch insofern Raum, als diese Verfügungen die öffentliche Zweckbindung nicht beeinträchtigen. Mit dieser Auffassung vom Wesen und Inhalt der Widmung verbindet sich notwendigerweise die Konsequenz, daß widmungsüberschreitende oder -fremde Straßenbenutzungen von der öffentlichen Zweckbindung nicht mehr erfaßt werden und daher in das insoweit nicht verdrängte private (Rest-)Eigentum eingreifen. Derartige Straßenbenutzungen bedürfen somit neben der Gestattung des Straßenherrn folgerichtig auch der Zustimmung des Straßeneigentümers. 330)

Die Beschränkung der durch die Widmung begrenzten öffentlichen Zweckbindung der Straße auf die Nutzung zum Gemeindegebrauch, mithin zum Verkehr im Sinne einer Ortsveränderung, stimmt mit der Realfunktion öffentlicher Straßen als leistungsrechtlichem Mehrzweckinstitut indessen nicht mehr überein. 331)

330) Lediglich das BlnStrG hält noch an dieser Tradition fest (§ 10 Abs. 1 BlnStrG).

331) So schon Köttgen, aaO, S. 28, Papier, aaO, S. 82 ff. m. Nachweisen, Salzwedel, ZfW 62, 77, ders., DÖV 63, 244 und Bartlperger, Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache 1966, S. 205.

Dieser Feststellung kann derzeit kaum mehr ernsthaft Widerspruch entgegengesetzt werden. Die leistungsrechtliche Betrachtungsweise öffentlicher Straßen macht deutlich, daß deren öffentliche Zweckbestimmung auch über einen (die Kommunikation einschließenden) Gemeingebrauch im weiteren Sinne ³³²⁾ hinausgeht und sich auch auf den Sondergebrauch an öffentlichen Straßen erstreckt. Dies trifft insbesondere für solche Straßen zu, die als (fahrzeug-)verkehrsberuhigte Zonen der Befriedigung wirtschaftlicher und kultureller Bedürfnisse des Straßenpublikums zu dienen bestimmt sind. Freilich stehen auch solche Straßen in erster Linie im Dienste der Straßenbenutzung zum Verkehr im Sinne einer Ortsveränderung. Die verkehrsmäßige Benutzung bildet die Hauptzweckbestimmung aller öffentlichen Straßen. Eine interpretatorische Korrektur des Inhalts der Widmung ist aber dahingehend vorzunehmen, daß neben dem Hauptzweck auch Nebenzwecke von der öffentlichen Zweckbestimmung umfaßt werden. Diese erstreckt sich auf sämtliche Benutzungsvorgänge, die sich als eine Inanspruchnahme der Verwaltungsleistung Straße erweisen. ³³³⁾

332) Zum erweiterten Gemeingebrauchsbegriff siehe oben G. II. 1. b.

333) In diesem Sinne Werner Weber, VVDStRL 21 (1964) 145 ff. - 152, Stern, VVDStRL 21 (1964) 183 ff. - 198 ff., ähnlich auch Kodal, Straßenrecht, S. 496; a.A.: Bartlsperger, Der Sachenrechtsstatus öffentlicher Straßen, S. 13ff.-24.

Dies folgt aus dem Sinn und Zweck der Darreichung und Vorhaltung der öffentlichen Straße als leistungsrechtlichem Mehrzweckinstitut der Daseinsvorsorge. Die durch die Widmung begründete erweiterte Zweckbestimmung öffentlicher Straßen deckt sich somit inhaltlich und umfänglich mit der umfassenden Leistungsfunktion öffentlicher Straßen. Die Gesamtheit der Nutzungsvorgänge im Rahmen der erweiterten öffentlichen Zweckbindung wird als "Gemeinschaftsgebrauch" bezeichnet. 334)

Die neuen Straßengesetze stehen einer Erweiterung der öffentlichen Zweckbindung in der soeben dargestellten Weise grundsätzlich nicht entgegen, da sie den Begriff der Widmung nicht definieren, sondern als gegeben vorsetzen und allenthalben Bestimmungen über Voraussetzungen und Wirkungen der Widmung aufweisen. 335)

334) Salzwedel, DöV 63, 244, Bartlsperger, Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung, S. 16.

335) Vgl. z.B. § 2 FStrG, § 5 BWStrG, Art. 6 BayStrWG, § 5 BremLStrG, etc.

Somit ist festzustellen, daß die Theorie von der Straße als leistungsrechtlichem Mehrzweckinstitut mit den geltenden Straßengesetzen vereinbar ist. Sofern Vorschriften über die Straßenbenutzung zum Zwecke der öffentlichen Versorgung vom Wortlaut her einer Interpretation im Sinne dieses Denkmodells scheinbar entgegenstehen, erklärt sich dies als historisches Relikt einer vorwiegend privatrechtlichen Vorstellungen verhafteten Auffassung vom Rechtsstatus öffentlicher Sachen. An der prinzipiellen Konformität der leistungsrechtlichen Theorie mit den neuen Straßengesetzen vermag dieser Umstand indessen nichts zu ändern.

3. Die Arten der Inanspruchnahme des Mehrzweckinstituts Straße als Verwaltungsleistung

Die Integration öffentlicher Straßen in die Leistungsverwaltung im Hinblick auf deren Funktion als öffentlichrechtliches Mehrzweckinstitut gebietet es, die unterschiedlichen Straßenbenutzungen einer leistungsrechtlichen Betrachtungsweise zu unterziehen. Als relevant im Sinne des Leistungsrechts erweisen sich alle Straßenbenutzungen, die die Straße im Rahmen ihrer (erweiterten) öffentlichen Zweckbestimmung als Verwaltungsleistung in Anspruch nehmen. Diese Inanspruchnahme ist gekennzeichnet durch eine Belastung der Nutzungskapazität öffentlicher Straßen³³⁶⁾ als Folge des Leistungskonsums.

336) Siehe oben E. III.

Eine funktional-leistungsrechtliche Betrachtungsweise öffentlicher Straßen deckt deren Verwandtschaft mit einem Organisationstyp moderner Leistungsverwaltung auf, der gemeinhin als "öffentliche Anstalt" ³³⁷⁾ bezeichnet wird. Die Straßenbenutzung erscheint als anstaltsähnliche Nutzung, ³³⁸⁾ die erweiterte öffentliche Zweckbestimmung der Straße ist kongruent mit dem Anstaltszweck. Mit dem Begriff der Anstaltsnutzung verbindet sich üblicherweise die Vorstellung der Zulassungsbedürftigkeit und Entgeltspflicht. ³³⁹⁾ Unter den Straßenbenutzungsformen, die Eingang in die neuen Straßengesetze gefunden haben, weist derartige Wesensmerkmale nur die straßenrechtliche Sondernutzung auf. Demgegenüber bedarf die Normierung des straßenrechtlichen Gemeindegebrauchs in den neuen Straßengesetzen eine Interpretation im Sinne des Anstaltsrechts.

a) Der Gemeindegebrauch als Benutzungsform
des Mehrzweckinstituts Straße

Aus leistungsrechtlicher Sicht erweist sich der Gemeindegebrauch als Inanspruchnahme der Verwaltungsleistung Straße (vorwiegend) zum Verkehr im Sinne einer Ortsveränderung.

337) Zum Begriff der öffentlichen Anstalt siehe Forsthoff, Verwaltungsrecht I, § 25 (S. 493 ff.) mit zahlr. Literaturhinweisen, Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht II, § 98 mit Schrifttumshinweisen, Salzwedel in: Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1977, S. 313 ff., Scholz, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, 1967, S. 196 ff.

Jeder gemeingebräuchliche Straßenbenutzungsvorgang führt zu einer mehr oder minder intensiven Kapazitätsbelastung der Straße. Da der Straßenraum naturgemäß nur begrenzt zur Verfügung steht, löst jede Benutzung der Straße zu Verkehrszwecken eine auf die Dauer des Verkehrsvorgangs begrenzte Verknappung des Straßenraumes aus. 340) Eine Rivalität mit anderen Straßenbenutzern wird dadurch nicht notwendig hervorgerufen. Eine solche tritt erst bei zunehmender Kapazitätsbelastung ein, nämlich dann, wenn (zu-)viele Benutzer die Straße gleichzeitig in Anspruch nehmen (Simultankonsum). Obwohl es sich dabei um verkehr~~s~~übliche Nutzungen handelt, wird die Ausübung des Gemeingebruchs dadurch erschwert. Die Verkehrsüblichkeit einer Straßenbenutzung kann daher nicht als Garant für die Aufrechterhaltung ungestörter Gebrauchsausübung gelten. Andererseits ist die Verkehrs-unüblichkeit einer Straßenbenutzung kein hinreichendes Indiz dafür, daß kein Gemeingebrauch (mehr) vorliegt.

338) In diesem Sinne Werner Weber, VVDStRL 21 (1964) 178.

339) Siehe statt vieler Salzwedel, aaO, S. 319 ff. und S. 326 ff.

340) Siehe hierzu oben E. III.

Wer auf der Autobahn in die verkehrte Richtung fährt, verhält sich verkehrs-
unüblich, übt aber gleichwohl (unzu-
lässigen) verkehrsrechtlich verbotenen
Gemeingebrauch. 341)

Bei zunehmender Kapazitätsbelastung der
öffentlichen Straße wird ferner deutlich,
daß die Gemeinverträglichkeit 342) als
ein dem Gemeingebrauch anhaftendes Wesens-
merkmal problematisch geworden ist. Der
heutige Massenverkehr in Großstädten
während der Stoßzeiten hat seine Gemein-
verträglichkeit ebenso eingebüßt wie
die Autobahnbenutzung zu Ferienbeginn.
Die Summe schädlicher Auswirkungen dieser
Straßenbenutzungen auf die Umwelt sind
offenkundig. Gleichwohl handelt es sich -
wer wollte dies bestreiten - noch um
Gemeingebrauch und nicht um Sondernutzung.
Allerdings liegt ein Gemeingebrauch vor,
der sich - so merkwürdig dies auch klingen
mag - gleichsam selbst gefährdet. 343)

341) In diesem Sinne Kodal, Straßenrecht,
S. 397.

342) Zum Grundsatz der Gemeinverträglichkeit
siehe oben F. I. 2., Albert, Die
Gemeinverträglichkeit im Wegerecht,
Diss. Würzburg, 1968, und Kodal, aaO,
S. 410, Scheuner, Die Gemeinverträg-
lichkeit im Rahmen des Gemeingebruchs
und der Nutzung öffentlicher Sachen in:
Festschrift für Paul Gieseke, 1958,
S. 73 ff.

343) Schon vor etwa zehn Jahren verglich
Krüger den Kraftverkehr mit einem
"bellum omnium contra omnes", in dem
sich die Verkehrsteilnehmer nach dem
Motto "homo homini lupus est" behandeln
(Herbert Krüger, Marktwirtschaftliche
Ordnung und öffentliche Vorhaltung der
Verkehrswege, Hamburg 1969, S. 22 f.).

Ist die Kapazität der Straße erschöpft, so kommt der Gemeingebrauch völlig zum Erliegen. Um zu verhindern, daß dieses Ergebnis eintritt, ist auch die gemeingebrauchliche Straßennutzung grundsätzlich dem Erfordernis einer Steuerung unterworfen. Die (partielle) Beseitigung der generellen Erlaubnisfreiheit und die Statuierung einer besonderen Zulassung bilden eine Möglichkeit der Frequenzregulierung. Einer solchen Maßnahme kommt ordnende Funktion zu, zum Zweck der optimalen Nutzung öffentlicher Straßen. ³⁴⁴⁾ Die gemeinhin vertretene Auffassung zum Wesen des Gemeingebrauchs geht indessen von der notwendigen Zulassungsfreiheit dieser Straßenbenutzungsform aus. ³⁴⁵⁾ Auch die Formulierungen der einschlägigen Vorschriften in den neuen Straßengesetzen weisen in die gleiche Richtung. ³⁴⁶⁾

344) So Fobbe, Gemeingebrauch und Kraftverkehr, 1965, S. 104.

345) Siehe Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 58 II. a., Marschall-Schroeter-Kastner, FStrG, § 7 Rdnr. 1.3., Kodal, Straßenrecht, S. 398, Salzwedel in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 1979, S. 565.

346) Vgl. z.B. § 7 Abs. 1 Satz 1 FStrG, § 15 Abs. 1 BWStrG, Art. 14 Abs. 1 Satz 1 BayStrWG, § 14 Abs. 1 Satz 1 NRWStrG etc.

- (1) Eine historische Betrachtungsweise des Rechtsinstituts Gemeingebrauch ³⁴⁷⁾ vermag über die zu entscheidende Frage einer möglichen Zulassungsbedürftigkeit insoweit etwas auszusagen, als sie den Funktionswandel öffentlicher Straßen ³⁴⁸⁾ seit dem Aufkommen des Kraftverkehrs deutlich hervortreten läßt. Der ungleich erhöhte Einsatz persönlicher und sächlicher Mittel bei der Verwaltung öffentlicher Straßen bestätigt diesen Wandel ein-drucksvoll. Die überkommene Auffassung vom Gemeingebrauch als Ausfluß der natürlichen Freiheit ³⁴⁹⁾ muß insoweit als überholt angesehen werden, als sie mit der gegenwärtigen Funktionsvielfalt und Kapazitätsbelastung des Mehrzweckinstituts Straße nicht mehr in Einklang zu bringen ist. Das von Otto Mayer gezeichnete idyllische Bild einer öffentlichen Straße ³⁵⁰⁾ gehört längst der Vergangenheit an.

347) Siehe hierzu oben F. I. 1.

348) Zum Funktionswandel öffentlicher Straßen siehe bei E.R. Huber, DÖV 55, 129 ff., Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, 1961, S. 27, Werner Weber, VVdStRL, 21 (1964) 176 ff., Fobbe, Gemeingebrauch und Kraftverkehr 1965, S. 111.

349) Siehe die Nachweise bei Nau, Der Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen, Diss. Mainz 1957, S. 63 f.

350) Anm. 128.

Schon vor fast einem Vierteljahrhundert stellte E.R. Huber fest, daß Straßen als "Produktionsmittel" der Kraftverkehrswirtschaft anzusehen sind ³⁵¹⁾ und Werner Weber erkannte die innerstädtischen Straßen als "differenziert eingerichtete Verkehrsanstalt", ³⁵²⁾ Der Funktionenwandel öffentlicher Straßen beeinflußt die Beurteilung des Gemeingebrauchs auf verfassungsrechtlicher Ebene. Dabei gewinnt die Erkenntnis an Bedeutung, daß eine unmittelbare verfassungsrechtliche Absicherung des Rechtsinstituts Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen in seinem gegenwärtigen Bestand nicht nachweisbar ist. Allgemein anerkannt ist derzeit lediglich ein Anspruch auf Teilhabe am bestehenden Gemeingebrauch. ³⁵³⁾ Diese Feststellung sagt über die Frage der Zulassungsbedürftigkeit indessen wenig aus.

351) E.R. Huber, aaO, S. 133.

352) VVdStRL 24 (1964) 178.

353) In diesem Sinne Forsthoff, Verwaltungsrecht I. § 20 (S. 391), Papier, Recht der öffentlichen Sachen, S. 105, Salzwedel, in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., S. 566, a.A.: Wolff-Bachof, Der von einer "intransitiven Verstattung, bzw. Gestattung" spricht (Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 58 II. b.).

Die Teilhabe am Gemeingebrauch könnte auch im Wege einer Zulassung ausgeübt werden. Die Heranziehung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) zur Begründung der Zulassungsfreiheit des Gemeingebrauchs ³⁵⁴⁾ mag für die Benutzung der sog. natürlichen Gemeingebrauchssachen ³⁵⁵⁾ wie z.B. Luft und Meeresstrand berechtigt sein. Als Inanspruchnahme einer künstlichen sächlichen Verwaltungsleistung unterliegt der Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen einer anderen rechtlichen Beurteilung als das Atmen. ³⁵⁶⁾ Die zulassungsfreie Benutzung öffentlicher Straßen wird durch die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG allerdings insoweit verbürgt, als dies für ein unerlässliches Minimum an freiheitlicher Betätigung erforderlich ist.

354) Siehe hierzu die Rechtsprechung des BVerwG, Anm. 260 und 261.

355) Zum Begriff der "natürlichen Gemeingebrauchssachen" siehe Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 56 II. c., Krause-Dünow, DVBl. 65, 592 f., grundlegend hierzu Helfritz, Der Meeresstrand, 1925, siehe auch W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1948, S. 508 und Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 211.

356) In diesem Sinne auch Peters, aaO.

Diese Grenze dürfte bei der Statuierung einer generellen Zulassungspflicht für die Straßenbenutzung zu Fuß bereits überschritten sein. Eine solche Regelung müßte als unverhältnismäßig angesehen werden. Als umfassende Freiheitsbeschränkung würde sie gegen Art. 2 Abs. 1 GG verstoßen.³⁵⁷⁾ Straßenbenutzungen, die diesen eng umgrenzten, durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Freiheitsraum übersteigen, unterliegen einer anderen verfassungsrechtlichen Beurteilung. Diese ist weitgehend vorbestimmt durch die Einbeziehung der Straßenbenutzung in das Sinngefüge der Leistungsverwaltung. Der Gemeingebrauch gewinnt aus dieser Sicht Gestalt als Darreichungsform hoheitlicher Leistungsverwaltung und weist insoweit eine Ähnlichkeit mit der Rechtsfigur einer ständig wiederkehrenden Subvention an die Allgemeinheit auf.³⁵⁸⁾ Mit diesem Institut der Leistungsverwaltung verbindet den straßenrechtlichen Gemeingebrauch der Umstand, daß es einen generellen Anspruch weder auf Gemeingebrauch noch auf Subventionen gibt.

357) Fobbe, aaO, S. 119.

358) So schon E.R. Huber, DÖV 55, 133. Allgemein zur Subvention Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht III, § 154 (S. 301 ff.) mit Literaturhinweisen.

Diese Gemeinsamkeit beruht auf dem Grundsatz, daß ein allgemeiner Anspruch auf staatliche Leistungen der geltenden Rechtsordnung fremd ist.³⁵⁹⁾ Das bedeutet indessen nicht, daß der Staat bei der Vergabe von Leistungen nicht gewissen Bindungen unterworfen ist. Diese ergeben sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG),³⁶⁰⁾ dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und aus einem formell subjektiven öffentlichen Recht des Anspruchstellers auf fehlerfreie Ausübung des Verwaltungsermessens.³⁶¹⁾

359) Anders Forsthoff, der von einem allgemeinen Recht auf Teilhabe an den Staatsleistungen ausgeht (Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 392), siehe hierzu auch Kloepfer, Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz, 1970, S. 2 ff., Martens, VVDStRL 30 (1972) 21 ff., Häberle, VVDStRL 30 (1972) 112 ff., Friesenhahn, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, Verhandlungen des Deutschen Juristentages (1974) S. 29 ff. und Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. 1978, § 9 IV. 2 (S. 121 ff.).

360) Zum Rechtsstaatsprinzip siehe Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 4. Aufl. 1975, S. 35 ff. ausführlich Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl. 1976.

361) Siehe hierzu Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, aaO, S. 178 ff., Obermayer, Grundzüge, S. 56 ff. m. zahlr. Hinweisen auf Lit. u. Rspr.

Der Anspruch eines einzelnen auf Teilhabe an den staatlichen Leistungen ist somit darauf gerichtet, daß er bei deren Vergabe nicht grundlos schlechter gestellt wird als ein anderer Anspruchsteller. Nahezu die gleichen Grundsätze gelten auch für den Gemeindegebrauch. Ein allgemeiner Anspruch auf Eröffnung und Aufrechterhaltung des Gemeindegebrauchs an öffentlichen Straßen existiert nicht. Demgegenüber hat der einzelne einen echten Rechtsanspruch in Form eines subjektiven öffentlichen Rechts auf Teilhabe am bestehenden Gemeindegebrauch. Die verfassungsrechtliche Grundlage hierzu bildet - abgesehen von der durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Mindestfreiheit 362) - der in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz.

zu 361) ferner Erichsen-Martens, in: Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1977, S. 124, dort auch Anm. 61. Zum "subjektiven öffentlichen Recht" siehe grundlegend Bachof, in: W. Jellinek Gedächtnisschrift 1955, S. 287 ff.; siehe auch Henke, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, Bartlsperger, VerwArch. 60, (1969) 47 f., ders. DVBl. 70, 31 f. und Obermayer, aaO, S. 34 ff.

362) Hierzu zählt beispielsweise das Atmen.

Die Vergabe staatlicher Leistungen im Wege der Subventionierung erfolgt in der Regel unter bestimmten Voraussetzungen, die an den konkreten Belangen der Empfänger orientiert sind und sich wie eine Zulassungsschranke auswirken. In gleicher Weise erscheint es mit rechtsstaatlichen Grundsätzen prinzipiell vereinbar, wenn auch die Teilhabe am Gemeingebrauch einer Zulassungsbedürftigkeit unterstellt wird, sofern sachliche Gründe diese Maßnahme rechtfertigen. Selbst wenn man den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG auf die gemeingebräuchliche Straßenbenutzung ~~schlechthin~~ ausdehnen wollte, bedeutet dies nicht die generelle Unzulässigkeit eines (begrenzten) Zulassungsvorbehalts. Auch Rechtsausübungen, die der allgemeinen menschlichen Handlungsfreiheit unterfallen, können in Anwendung der Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltungshandels - insbesondere unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit - von einer behördlichen Erlaubnis abhängig gemacht werden. Voraussetzung für die Rechtseinschränkung ist das Vorliegen eines konkreten, durch das Wohl der Allgemeinheit gerechtfertigten, sachlichen Bedürfnisses. 363)

363) Siehe hierzu Leibholz-Rinck, Grundgesetz, Art. 2 Anm. 3, m. Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG;

- (2) Der dem Anstaltsrecht entliehene Gedanke der Zulassung (zum Gemeingebrauch) pflanzt sich fort in der Bejahung der Möglichkeit, ein Entgelt für den Gemeingebrauch zu erheben. Der langjährige Streit um die notwendige Unentgeltlichkeit des Gemeingebrauchs hat sich seit geraumer Zeit erledigt. Die Auffassung von der rechtlichen Möglichkeit, durch Gesetz ein Entgelt für die gemeingebrauchliche Straßenbenutzung festzusetzen, findet in letzter Zeit zunehmend Anerkennung in der Literatur. 364)

zu 363) siehe ferner Bartlsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 78.

- 364) Siehe Salzwedel, aaO, S. 557, Kodal, Straßenrecht, S. 408, Marschall-Schroeter-Kastner, Bundesfernstraßengesetz, § 7 Rdnr. 4.2, Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 390. Diese Auffassung wird bestätigt durch § 7 Abs. 1 Satz 4 FStrG nebst amtlicher Begründung hierzu, aaO, S. 20; siehe auch Fromm, DVBl. 78, 542, der auf einen Referentenentwurf des BMV hinweist, wonach die Einführung einer Parkgebühr als echte Straßenbenutzungsgebühr geplant ist, a.A. Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 58 II e (S. 512), Krause, Der Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen im neueren Verwaltungsrecht, Diss. Köln 1961, S. 75 m.w.N. und Hammes, Deutsche Verwaltung 1950, 71 ff. - 73.

Die Straßengesetze tragen dieser Auffassung Rechnung, indem sie die Einführung einer Gemeingebrauchsgebühr durch Gesetz vorsehen. 365) Auch der Gesetzgeber hat Erwägungen angestellt, eine echte Straßenbenutzungsgebühr für die Benutzung innerörtlichen Parkraums einzuführen. 366) Das Parken zählt nach der nunmehr ganz überwiegenden Auffassung zum Gemeingebrauch. 367) Aus leistungsrechtlicher Sicht stellt sich die mögliche Entgeltlichkeit gemeingebrauchlicher Straßenbenutzungen als Selbstverständlichkeit dar. Die Verwaltung gewährt ihre Leistungen - jedenfalls im Bereich der Anstaltsnutzung - regelmäßig nicht kostenlos. 368)

365) § 7 Abs. 1 Satz 4 FStrG, Art. 14 Abs. 2 BayStrWG, § 14 Abs. 3 NStrG, § 14 Abs. 4 NRWStrG, § 27 Abs. 4 Satz 1 RPLStrG.

366) Siehe Anm. 364.

367) Papier, aaO, S. 95 f., Marschall-Schroeter-Kastner, Bundesfernstraßengesetz, § 7 Pdnr. 3.2 (S. 253), Kodal, aaO, S. 420 ff.

368) Beispiele: Benutzungsentgelt für U-Bahn, Museumsbenutzung etc., a.A.: Krüger, Gegen eine Entstaatlichung der öffentlichen Wege, S. 29 ff.

Dabei darf freilich nicht übersehen werden, daß das zu entrichtende Entgelt des Leistungsempfängers regelmäßig nicht eine Gegenleistung im Sinne eines zivilrechtlichen Synallagma ³⁶⁹⁾ darstellt. Die grundsätzliche Bejahung einer möglichen Entgeltlichkeit des Gemeingebrauchs ist im Hinblick auf die Geltung verfassungsrechtlicher Schranken ähnlichen Bedenken ausgesetzt wie die Einführung einer generellen Zulassung zum Gemeingebrauch. ³⁷⁰⁾ Das "Übermaßverbot" schützt auch insoweit ein Minimum an freier menschlicher Betätigung, das dem staatlichen Zugriff entzogen ist. Die grundsätzliche Bejahung der Entgeltlichkeit gemeingebrauchlicher Straßenbenutzung außerhalb dieses Kernbereichs bestätigt die These von der Zulassung zum Gemeingebrauch. ³⁷¹⁾

369) Dazu Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I., Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1976, § 15 I (S. 166 f.).

370) Siehe oben in diesem Abschnitt (2).

371) Ebenda.

Die Statuierung einer Gebührenpflicht für gemeingebräuchliche Straßenbenutzungen würde nämlich die Wirkung einer mittelbaren Zulassungsschranke entfalten, da nur derjenige die entgeltpflichtige Nutzung ausüben darf, der in der Lage ist, das festgesetzte Entgelt zu entrichten. 372)

- (3) Von der Möglichkeit der Einführung einer Zulassungs- und Gebührenpflicht für den Gemeingebrauch wurde seit der Geltung der neuen Straßengesetze noch kein Gebrauch gemacht. 373) Die gegenwärtige Gemeingebrauchssituation gebietet einen solchen Schritt im Hinblick auf den meist zufriedenstellenden Ausbauzustand der überwiegenden Mehrheit öffentlicher Straßen derzeit (noch) nicht. Mit Rücksicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz müßte - ungeachtet der sonstigen verfassungsrechtlichen Problematik - die Zulassung derzeit jedem Antragsteller erteilt werden, was sie insgesamt entbehrlich macht.

372) Anders Fobbe, aaO, S. 81 und Kodal, aaO, S. 408.

373) Die Kosten für den Straßenbau werden größtenteils aus Mitteln bestritten, die im Wege der Erhebung der Mineralölsteuer erzielt werden. Siehe hierzu Friauf in: Bartlsperger-Blümel-Schroeter, Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, S. 209 ff.

b) Der Gemeingebrauch der Straßen-
anlieger

Die Anlieger an öffentlichen Straßen genießen aufgrund der Lage ihres Anliegergrundstücks den Vorzug, die öffentlichen Straßen in besonderer Weise nutzen zu können. Diese Nutzung stellt auch nach neuem Straßenrecht kein eigenständiges Rechtsinstitut dar, sondern ist - je nach der konkreten Nutzungsart - in eine konstruktiv leistungsrechtliche Straßenbenutzungsordnung einzugliedern. ³⁷⁴⁾ Zum straßenrechtlichen Gemeingebrauch im oben beschriebenen Sinne ³⁷⁵⁾ zählt die Ausübung der Zufahrt und des Zugangs, ³⁷⁶⁾ da es sich insoweit um eine verkehrsmäßige Straßenbenutzung handelt. ³⁷⁷⁾ Andere typische Straßenbenutzungen der Anlieger, wie beispielsweise das Lagern von (Bau-)Material, das Aufstellen von Bänken und Tischen, die Anliegerwerbung sowie Straßenbenutzungen zur Herstellung des "Kontakts nach außen" ³⁷⁸⁾ mögen zwar mancherorts üblich sein, sie gehören aber als außerverkehrliche Vorgänge rechtssystematisch nicht zum Gemeingebrauch.

374) Eine Ausnahme bildet das HambWG, das in seinem § 17 den "Anliegergebrauch" ausdrücklich in gewissen Grenzen gestattet.

375) Siehe oben B. III. 3. a.

376) Zufahrt und Zugang werden in einem Sammelbegriff auch "Zuwegung" genannt (Kodal, aaO, S. 462).

Die neuen Straßengesetze stehen dieser Auffassung insoweit entgegen, als sie die Ausübung der Zufahrt auf freier Strecke zu den Sondernutzungen anstatt zum Gemeingebrauch zählen. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Fiktion. Dies beweist die Formulierung in den neuen Straßengesetzen "gilt als Sondernutzung". 379) Bei richtiger Betrachtung gehört die Ausübung der Zufahrt als verkehrsmäßige Straßenbenutzung zum Gemeingebrauch. Auf freier Strecke behindern die Benutzer von Zufahrten von der Straße zum Anliegergrundstück und umgekehrt erfahrungsgemäß den übrigen Verkehr. Dies gilt vor allem für langsam fahrende Fuhrwerke. Die Ausübung der Zufahrt ist daher generell geeignet, den Gemeingebrauch zu beeinträchtigen und kann daher von einer besonderen Zulassung abhängig gemacht werden.

377) Zu Inhalt und Umfang des Verkehrsbegriffs oben G. II. 1.

378) Dazu die Rechtsprechung des BVerfG (Anm. 260 und 261).

379) Vgl. § 8 a Abs. 1 FStrG, und die entsprechenden Regelungen in den Landesstraßengesetzen, z.B. § 20 BWStrG, Art. 19 Abs. 1 BayStrWG, etc.

Dem steht nicht entgegen, daß es sich um eine Nutzung handelt, die rechtssystematisch dem Gemeingebruch angehört. Diese Erkenntnis bestätigt die oben ³⁸⁰⁾ aufgestellte Behauptung, daß der Gemeingebruch nicht notwendig zulassungsfrei ist, sondern bei Vorliegen sachlicher Gründe durchaus einem vorherigen Zulassungsakt unterstellt werden darf.

Der Zuordnung der Zuwegung zum Gemeingebruch steht nicht entgegen, daß die Zufahrt - anders als sonstiger Gemeingebruch - nach den neuen Straßengesetzen regelmäßig nur gegen Ersatzbeschaffung oder Entschädigung erheblich erschwert oder entzogen werden darf. ³⁸¹⁾ Zufahrt und Zugang unterstehen einer beschränkten Bestandsgarantie. Der Anspruch von Straßenanliegern auf die Aufrechterhaltung der Zuwegung wurde unterschiedlich, aber kaum jemals überzeugend begründet. ³⁸²⁾

380) G. III. 3. a.

381) Siehe § 8 a Abs. 4 und 5 FStrG und die entsprechenden Vorschriften in den Landesgesetzen, ständige Rechtsprechung: zuletzt Urt. d. BGH v. 11.1.1979, NJW 79, 1043 ff.

382) Siehe oben F. I. 2., Germershausen, Wegerecht I, S. 124, Kodal, aaO, S. 450 f. und 460 ff. m. weiteren Nachweisen.

Den meisten Begründungen ist gemeinsam, daß Straßenanlieger hinsichtlich der Aufrechterhaltung von Zufahrt und Zugang einen gewissen Vertrauensschutz genießen. Schwierigkeiten bereitete zumeist die Begründung der Voraussetzung des Vertrauensschutzes, der Vertrauenstatbestand. 383) Ein solcher läßt sich in der Tat nur bei solchen Straßen herleiten, deren Hauptzweck in der verkehrlichen Erschließung von Baugebieten liegt. Der Vertrauenstatbestand wird durch die Ausweisung von Baugrundstücken in einem Bebauungsplan geschaffen. Die Gemeinden müßten sich den Vorwurf des "venire contra factum proprium" 384) gefallen lassen, wenn sie derartige Straßen wieder einziehen, nachdem Bauwillige sich im Vertrauen auf den Bebauungsplan und unter Entrichtung der Erschließungsbeiträge dort angesiedelt haben. Bei den übrigen Straßen ist ein derartiger Vertrauenstatbestand kaum nachweisbar. Die Lösung liegt auch auf anderer, nämlich auf verfassungsrechtlicher Ebene.

383) Allgemein zum Vertrauensschutz siehe Kisker und Püttner, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVdStRL 32 (1974), 149 ff., Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 30 II b.m. Literaturhinweisen.

384) Zu diesem Begriff Riezler, Venire contra factum proprium, 1912.

Die Ausübung der Zufahrt und des Zugangs zu öffentlichen Straßen zählt zu den Nutzungen, die innerhalb eines nach dem Grundrechtsschutz gestaffelten Gemeingebrauchs vom Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG umfaßt wird. Da dieser Gemeingebrauch ausschließlich im Zusammenhang mit der Nutzung von Grundstücken ausgeübt wird, hat er vermögenswerten Charakter und untersteht deshalb auch dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG. ³⁸⁵⁾ Zugang und Zufahrt zählen damit zur Kerngewährleistung des Gemeingebrauchs. ³⁸⁶⁾ Dieser Mindestgebrauch darf nicht oder nur gegen angemessene Entschädigung wesentlich beschränkt oder entzogen werden, da er zu einem Mindestbestand an freiheitlicher menschlicher Betätigung zählt, zu dem beispielsweise auch das Atmen gehört. Die rechtliche Gleichstellung des straßenrechtlichen Mindestgebrauchs mit allgemeinen freiheitlichen menschlichen Grundbetätigungen, wie z.B. dem Atmen, wird unter anderem daraus ersichtlich, daß neben freiem Zugang und freier Zufahrt auch der freie Zutritt von Licht und Luft zum Anliegergrundstück von jeher in diese Mindestgarantie einbezogen wurde. ³⁸⁷⁾

385) So auch Urt. d. BGH v. 11.1.1979, NJW 79, 1043 ff. - 1045.

386) Siehe hierzu die Nachweise aus der Rechtsprechung des BVerwG in Anm. 261 und oben G. II. 2. sowie die Kritik hierzu oben G. II. 3.

Die dargestellten Grundsätze sind auch bei der Errichtung von sogenannten verkehrsberuhigten (Fußgänger-)Zonen zu beachten und zwar unabhängig davon, ob diese im Wege eines Straßenneubaus oder durch nachträglichen straßenrechtlichen Verfügungsakt erfolgt.³⁸⁸⁾ Die Zuwegung von Anliegergrundstücken und die damit verbundene Ausübung eines, z.B. auf bestimmte Tageszeiten beschränkten Mindestanliegerverkehrs, muß gewährleistet sein. Dabei erscheint es aus verfassungsrechtlicher Sicht unerheblich, ob diese Mindestgarantie der Verkehrsausübung straßenrechtlich als Gemeingebrauch oder als erlaubnis- und gebührenfreier Sondergebrauch ausgestaltet ist.

Auch für die Ausübung der Zufahrt außerhalb geschlossener Ortschaften gelten im wesentlichen die oben dargestellten Grundsätze mit dem Unterschied, daß die Erlaubnisbedürftigkeit dieser (gemeingebräuchlichen) Straßenbenutzung wegen der damit verbundenen hohen Gemeingebrauchsgefährdung gerechtfertigt erscheint.

387) Vgl. § 8 a Abs. 4, 5 FStrG und die entsprechenden Regelungen in den Landesstraßengesetzen.

388) Zur Errichtung von Fußgängerzonen siehe Peine, Rechtsfragen der Einrichtung von Fußgängerstraßen, 1979.

c) Der Sondergebrauch als Benutzungsform
des Mehrzweckinstituts Straße

Unter Zugrundelegung einer Funktionsbetrachtung öffentlicher Straßen als Verwaltungsleistung stellt sich auch der Sondergebrauch als Inanspruchnahme dieser Verwaltungsleistung dar. Das Unterscheidungsmerkmal des Sondergebrauchs vom Gemeingebrauch besteht darin, daß die Straße im Rahmen ihrer erweiterten öffentlichen Zweckbestimmung zu (vorwiegend) außerverkehrlichen Zwecken benutzt wird. Dieser Benutzung kommt in zweifacher Hinsicht rechtliche Bedeutung zu. Aus leistungsrechtlicher Sicht sind außerverkehrliche Straßenbenutzungen relevant, wenn der Leistungskonsum zu einer Leistungsschmälerung führt. Als Folge der Hauptzweckbindung des Mehrzweckinstituts Straße auf die Nutzung zum Verkehr (Gemeingebrauch) erlangen außerverkehrliche Straßenbenutzungen auch unter dem Aspekt ihrer potentiellen Gemeingebrauchgefährdung bzw.-beeinträchtigung straßenrechtliche Relevanz. Nach der überkommenen eigentumsrechtlich-wegepolizeilichen Straßenbenutzungsordnung betrafen gemeingebrauchsüberschreitende Straßenbenutzungen sowohl das Regime des Straßenherrn als auch die Befugnis des Straßeneigentümers. Unter der Geltung einer überwiegend öffentlichen Sachwaltung werden Kollisionsfälle zwischen sondergebräuchlicher und gemeingebrauchlicher Straßenbenutzung innerhalb der erweiterten öffentlichen Zweckbindung ausschließlich von einem öffentlich-rechtlichen Straßenregime erfaßt.

Außerverkehrliche Straßenbenutzungen sind deshalb sowohl aus leistungsrechtlicher wie aus anstaltspolizeilicher Sicht Gegenstand rechtlicher Erörterung. Dies führt zu einer begrifflichen Aufspaltung des Sondergebrauchs an öffentlichen Straßen.

aa) Die Sondernutzung aus leistungsrechtlicher Sicht

Bei der Benutzung öffentlicher Straßen zu (überwiegend) außerverkehrlichen Zwecken wird die Straße in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsleistung in Anspruch genommen. Aus der Sicht des Leistungsträgers (Straßenherr) ist die "Leistung" darin zu erblicken, daß die öffentliche Straße durch positive, kostenverursachende Handlungen erstellt, unterhalten und für die Inanspruchnahme im Rahmen ihrer erweiterten Zweckbestimmung auch für Sondernutzungen offengehalten wird. Der Leistungsabruf durch den Leistungsempfänger (Straßenbenutzer) erfolgt einmal in der Weise, daß körperliche Gegenstände in den Straßenraum gebracht werden, ohne daß dies zum Zwecke der Teilnahme am Verkehr geschieht. ³⁸⁹⁾

389) Oben E. I.

Dies ist beispielsweise der Fall, wenn Verkaufsstände im Straßenraum aufgestellt werden, wenn (Bau-) Materialien auf dem Gehsteig gelagert werden oder wenn Anlagen der Außenwerbung den Straßenraum in Anspruch nehmen. In gleicher Weise sind auch verkehrsmäßige Straßenbenutzungen zu beurteilen, bei denen der Verkehrszweck gegenüber anderen Zwecken hintantritt.³⁹⁰⁾ So, wenn Fahrzeuge zum ausschließlichen oder überwiegenden Zwecke der Werbung am Straßenverkehr teilnehmen oder im Straßenraum geparkt werden³⁹¹⁾ oder wenn der Wettbewerbscharakter einer Straßenbenutzung gegenüber dem Verkehrszweck überwiegt.³⁹²⁾

390) Zu Inhalt und Umfang des Verkehrszwecks siehe oben G. II. 1.

391) "Parken" ist hier im Sinne von § 12 Abs. 2 StVO zu verstehen. Siehe hierzu bei Jagusch, Straßenverkehrsrecht, 24. Aufl. 1978, § 12 StVO, Rdnr. 42. Zur Zulässigkeit reiner Werbefahrten (§ 33 Abs. 1 Satz 3 StVO) siehe Beschl. d. BVerfG v. 10.12.1975, BVerfGE 40, 371 ff.

392) Dies ist der Fwll, wenn die Straße für Rennveranstaltungen mit Kraftfahrzeugen in Anspruch genommen wird. Siehe im einzelnen hierzu bei Kodal, aaO, S. 513 ff.

Wird bei einer Straßenbenutzung der Straßenraum gegenständlich nicht in Anspruch genommen, so beurteilt sich dieser Vorgang ebenfalls als Nutzung der Verwaltungsleistung Straße, sofern der Straßenbenutzer dabei wirtschaftlich an der tatsächlichen Vorhaltung der Straße partizipiert. Derartige Vorgänge außerverkehrlicher Straßenbenutzung gewinnen aus leistungsrechtlicher Sicht erst dann an Bedeutung, wenn der Leistungsabruf einen gewissen Umfang erreicht und über die Stufe einer "Bagatellnutzung" hinausgeht. Diese Grenze wird erkennbar überschritten, wenn als Folge des Zugriffs auf die Verwaltungsleistung eine Verknappung der Nutzungsmöglichkeit anderer Nutzungswilliger eintritt. Der Leistungskonsum innerhalb der erweiterten öffentlichen Zweckbestimmung öffentlicher Straßen kann daher zu Leistungsstörungen (Leistungsverknappung, -hemmung oder -vereitelung) führen. Außerverkehrliche Straßenbenutzungen geraten damit in Rivalität zu der Hauptzweckbestimmung öffentlicher Straßen, der Nutzung zum Verkehr (Gemeingebrauch). Das vorrangige öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung möglichst ungestörten Gemeingebrauchs an öffentlichen Straßen macht es erforderlich, die außerverkehrliche Straßenbenutzung einer Reglementierung zuzuführen.

Als Steuerungsmechanismus des Leistungsrechts kommt eine Kontingentierung des öffentlichen Gutes Straße in Betracht. Diese kann in Form eines besonderen Zulassungserfordernisses für außerverkehrliche Straßenbenutzungen oder (und) im Wege der Erhebung eines Benutzungsentgelts erfolgen.

bb) Die Sondernutzung aus anstaltspolizeilicher Sicht

Öffentliche Straßen sind in ihrer Eigenschaft als Mehrzweckinstitute der Leistungsverwaltung einer anstaltsrechtlichen Betrachtung insoweit zugänglich, als ihre Benutzung den Charakter einer Anstaltsnutzung trägt. Für gemeingebräuchliche Straßenbenutzungen, die den Rahmen der grundrechtlich besonders durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Kerngarantie des Gemeingegebrauchs übersteigen, trifft dies ebenso zu, wie für die gesamte sondergebräuchliche Straßenbenutzung. Letztere steht schon von Gesetzes wegen nicht jedermann aufgrund der Existenz des Mehrzweckinstituts Straße zu, sondern unterliegt einer anstaltspolizeilichen Überwachung.

Diese wird erforderlich durch die bestehende Nutzungsrivalität ³⁹³⁾ zwischen verkehrlicher und außer- verkehrlicher Straßenbenutzung, die jede Sondernutzung an öffentlichen Straßen der Betrachtung unter dem Gesichtspunkt einer potentiellen Gemeingebrauchsgefährdung bzw. -beeinträchtigung aussetzt. Sondernutzungen an öffentlichen Straßen unterliegen deshalb einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, obwohl sie von der erweiterten öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung der Straße umfaßt werden. Der Erlaubnisvorbehalt wirkt indessen nicht freiheitsbestätigend und repressiv, sondern eröffnet den Zugang zu einer Verwaltungsleistung (leistungsrechtliche Komponente). Daneben dient er der präventiven Kontrolle der Unbedenklichkeit einer Nutzung im Hinblick auf deren Vereinbarkeit mit der Hauptzweckbestimmung öffentlicher Straßen (anstaltspolizeiliche Komponente). Rechtshistorisch handelt es sich bei dem anstaltspolizeilichen Überwachungsakt um ein Relikt der traditionellen Wegepolizei. ³⁹⁴⁾

393) Oben E. 3.

394) Anm. 10.

Ihr oblag ursprünglich nicht nur die Verantwortung für die verkehrssichere Benutzbarkeit öffentlicher Straßen, sondern auch die Überwachung der Erfüllung der Straßenbaulast.³⁹⁵⁾ Die anstaltspolizeiliche Komponente der Sondernutzungserlaubnis erfüllt nur die ordnungsrechtliche Teilfunktion der früheren Wegepolizei.

d) Der einheitliche Sondernutzungstatbestand

Außerverkehrliche Straßenbenutzungsvorgänge unterliegen zwar einer rechtlich trennbaren Betrachtung. Da es sich um natürliche Vorgänge handelt, kann jedoch die Entscheidung über die Zulässigkeit der Nutzung nur in einem einheitlichen Gesamttakt ergehen, den der Straßenherr als Leistungsträger und Inhaber der Anstaltspolizeigewalt erläßt. Dem Nutzungsbewerber würde nämlich die anstaltspolizeiliche Gestattung nichts nützen, wenn ihm die Zulassung zur Verwaltungsleistung versagt werden müßte und umgekehrt. Die Zweispurigkeit bei der Überprüfung der Zulässigkeit einer außerverkehrlichen Straßenbenutzung läßt die Frage auftreten, ob eine Beziehung zwischen leistungsrechtlicher und anstaltspolizeilicher Komponente der Nutzung hergestellt werden kann.

395) Man spricht insoweit von der "Wegebaupolizei"; siehe hierzu Kodal, aaO, S. 289.

Bei einer gegenständlichen Nutzung des Straßenraumes tritt der Zusammenhang augenfällig zutage. Mit zunehmender (abnehmender) Gemeingebrauchsgefährdung bzw. -beeinträchtigung einer Nutzung wächst (schwindet) auch die Leistungsmenge, die abgerufen wird, als Folge intensiveren (geringeren) Straßengebrauchs. Wer den Straßenraum z.B. durch das Aufstellen von Tischen und Stühlen für ein Straßencafé nutzt, beeinträchtigt den (Fußgänger-)Gemeingebrauch stärker als jemand, der an gleicher Stelle eine Fahnenstange installiert. Mangels genauer Quantifizierbarkeit der leistungsrechtlichen und der polizeilichen Komponente einer Nutzung kann zwar nicht von einer direkten Proportionalität gesprochen werden. Beide Komponenten reagieren auf Nutzungsänderungen simultan. Der Grad der Gemeingebrauchsgefährdung bzw. -beeinträchtigung kann daher zumindest als grober Maßstab für die Intensität gelten, mit der die Verwaltungsleistung in Anspruch genommen wird. Die gleichen Grundsätze gelten für die agitatorische Straßenbenutzung, da sie ganz ähnliche Auswirkungen zeigen kann, wie eine gegenständliche Inanspruchnahme des Straßenraums. 396)

396) Siehe oben E. I. und II.

Eine "schreiende" Leuchtreklame an einer Hauptverkehrsstraße kann den Gemeingebrauch aufgrund ihres Ablenkungseffekts stark gefährden, gleichzeitig nutzt sie die Straße intensiv als Wirkungsraum der Werbetätigkeit. Die prinzipielle Abhängigkeit der leistungsrechtlichen von der anstaltspolizeilichen Komponente innerhalb der Sondernutzung bedeutet indessen nicht, daß dem gleichen Grad einer Gefährdung bzw. Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs stets die gleiche Nutzungsintensität gegenübersteht oder umgekehrt. Vielmehr kommt es darauf an, an welchem konkreten Ort die Nutzung geübt wird. Straßenbenutzungen, die in einer verkehrsberuhigten Zone anstaltspolizeilich kaum ins Gewicht fallen, ³⁹⁷⁾ können in einer Hauptverkehrsstraße mit Massenverkehr eine intensive Gemeingebrauchsbeeinträchtigung auslösen, während die leistungsrechtliche Komponente dieser Straßenbenutzung weitgehend unverändert bleibt.

397) Z.B. agitatorische Straßenbenutzungen, die von außerhalb auf eine verkehrsberuhigte Zone einwirken.

Leistungsrechtliche und anstaltspolizeiliche Komponenten zweier Straßenbenutzungen entsprechen sich im Hinblick auf ihren Umfang nur bei vergleichbarer Gemeingebrauchssituation. Da die Gemeingebrauchssituationen auf öffentlichen Straßen sehr stark voneinander abweichen, erscheint es erforderlich, die straßenrechtliche Reglementierung außerverkehrlicher Straßenbenutzungen den unterschiedlichen Verhältnissen sachgerecht anzupassen. Ein differenzierter Sondernutzungstatbestand ³⁹⁸⁾ bietet hierfür einen sachgerechten Ansatz.

e) Der gestaffelte Sondernutzungstatbestand

Die Inanspruchnahme öffentlicher Straßen für (überwiegend) außerverkehrliche Zwecke bedarf im Hinblick auf die damit verbundene potentielle Gefährdung bzw. Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs regelmäßig einer anstaltspolizeilichen Überwachung. Das bedeutet indessen nicht, daß jede straßenrechtliche Sondernutzung einer Erlaubnispflicht unterliegt. Ebenso wenig erweist sich die Ausübung des Gemeingebrauchs stets notwendig als erlaubnis- und gebührenfrei. ³⁹⁹⁾ Die neuen Straßengesetze sind insoweit einer interpretatorischen Korrektur zu unterziehen.

398) Hufnagel, Die Straßenbenutzung für Zwecke der Außenwerbung, S. 157 ff. - 173 ff.

399) Hierzu oben G. III. 3.

aa) Der erlaubnisfreie (Sonder-)Nutzungs-
tatbestand.

Die Gestattung einer (Sonder-)Nutzung aus anstaltspolizeilicher Sicht erweist sich als entbehrlich, sofern eine Gemeingebrauchsgefährdung bzw. -beeinträchtigung durch die konkrete Nutzung von vornherein ausgeschlossen werden kann. Dies ist von Fall zu Fall anhand der konkreten Gemeingebrauchssituation zu entscheiden, da gleiche Nutzungstatbestände nicht notwendig zu gleichen Gefährdungs- bzw. Beeinträchtigungsstatbeständen führen. ⁴⁰⁰⁾ Da die anstaltspolizeiliche Relevanz einer Straßenbenutzung als Maßstab für die Intensität herangezogen wird, sind Nutzungen, die keine Gefährdung bzw. Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs mit sich bringen können, auch leistungsrechtlich irrelevant und bedürfen keiner besonderen Zulassung. Die Unzulässigkeit der Statuierung einer Erlaubnispflicht für Bagatell-(Sonder-)Nutzungen folgt ebenso aus Art. 2 Abs. 1 GG wie der Anspruch auf Gewährung eines Mindestmaßes an zulassungs- und gebührenfreier Gemeingebrauchsausübung. ⁴⁰¹⁾

400) Siehe das Beispiel in diesem Abschnitt G. III. 3. d.

401) Siehe oben G. III. 3. a.

Zwischen beiden Betätigungsarten gibt es zwar einen rechtlichen Unterschied, da es sich einmal um eine verkehrsmäßige, das andere Mal um eine außer-verkehrliche Straßenbenutzung handelt. Ein quantitativer Unterschied bezüglich der Nutzungsintensität besteht hingegen nicht. Bagatell-(Sonder-)Nutzungen sind in Ansehung der Intensität, mit der die Straße in Anspruch genommen wird, dem Mindestgemeingegebrauch gleichzustellen. Art. 2 Abs. 1 GG gewährt nicht nur ein Mindestmaß an freiheitlicher Betätigung i.B. einer Fortbewegung, sondern garantiert ein Minimum an Persönlichkeitsentfaltung. Hierzu gehören auch geringfügige außer-verkehrliche Bagatell-(Sonder-)Nutzungen. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in der Rechtsprechung des BVerfG. 402) Danach ist auf wirtschaftlichem Gebiet ein Mindestmaß an Spielraum unantastbar und dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen.

402) Siehe hierzu statt vieler Urt. 1. BVerfG v. 14.10.1970, BVerfGE 29, 260 ff. - 266 f. m.N.; siehe auch Grabitz, AöR 98 (1973) 568 ff. m. zahlreichen Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung und Sadura, AöR 92 (1967) 382 ff. - 402 f.

Die zitierte Rechtsprechung trifft auch auf Bagatell-(Sonder-)Nutzungen zu, da es sich hierbei regelmäßig um wirtschaftliche Vorgänge handelt. 403) Der Staat darf auf wirtschaftlichem Gebiet ein Verhalten seiner Bürger nicht von der vorherigen Einholung einer Erlaubnis abhängig machen, wenn ein Erfordernis für eine solche Reglementierung objektiv nicht besteht. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als allgemein verfassungsrechtliches Prinzip verbietet insoweit eine staatliche Reglementierung. Die Erlaubnis zur Ausübung von Bagatell-(Sonder-)Nutzungen stellt sich zwar formal betrachtet als Zulassung zu einer Verwaltungsleistung dar. Die zum öffentlichen Leistungsrecht entwickelten Rechtsgrundsätze, z.B. der Leitsatz, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip hier nicht gilt, 404) können insoweit keine Geltung beanspruchen, da die Leistungsfunktion öffentlicher Straßen bei der Ausübung von Bagatell-(Sonder-)Nutzungen nicht oder nur ganz unwesentlich berührt wird.

403) Musterbeispiel: Außenwerbungsvorgänge von geringer Nutzungsintensität.

404) Siehe hierzu bei Badura, aaO, S. 389 f.

Die leistungsrechtliche Unbeachtlichkeit solcher Vorgänge rechtfertigt sich dadurch, daß eine merkliche Leistungsschmälerung des öffentlichen Gutes Straße nicht eintritt.

Außerverkehrliche Bagatell-(Sonder-) Nutzungen bedürfen auch unter dem Gesichtspunkt der Regulierung ihrer Nutzungsrivalität zum Gemeingebrauch keiner Steuerung, wenn feststeht, daß die Rivalität gleich Null oder so gering ist, daß sie anstaltspolizeilich nicht ins Gewicht fällt. Zu den Bagatellsondernutzungen des erlaubnisfreien außerverkehrlichen Straßenbenutzungstatbestand zählen geringfügige gegenständliche und belanglose agitatorische Benutzungsvorgänge. Beide Nutzungen können auch in Gemengelage auftreten. Unabhängig davon handelt es sich in allen Fällen um außerverkehrliche Straßenbenutzungen, von denen die meisten als sogenannte Kommunikationsvorgänge ⁴⁰⁵⁾ von der Benutzungsordnung der geltenden Straßengesetze nicht ausdrücklich erfaßt werden.

405) Anm. 102 und Anm. 204.

Die Einbeziehung dieser Nutzungen in den straßenrechtlichen Sondernutzungstatbestand, der traditionellerweise an eine räumliche Inanspruchnahme der Straße anknüpft, ⁴⁰⁶⁾ erscheint nicht ganz problemlos. Dies umsomehr, als sich scheinbar auch andere Möglichkeiten auf tun, derartige Nutzungen straßenrechtlich sicher "in den Griff" zu bekommen.

- (1) Dem Versuch, kommunikative Straßenbenutzungsvorgänge in den Gemeingebrauch einzubeziehen, bzw. innerhalb dieser Nutzungsform der besonderen Spielart des Anliegergebrauchs zuzuschreiben, ⁴⁰⁷⁾ um auf diesem Wege zu einer grundsätzlichen Erlaubnis- und Gebührenfreiheit kommunikativer Straßenbenutzungen zu gelangen, begegnen in zweifacher Hinsicht Bedenken.

Einmal wird dadurch die begriffliche Schärfe des Gemeingebrauchs als (überwiegend) verkehrsmäßige Straßenbenutzung ⁴⁰⁸⁾ zumindest in den Konturen aufgelöst.

406) Siehe oben F. I. 3.

407) Zur Rechtsprechung zum Anliegergebrauch siehe die Nachweise in Anm. 261. Zum "weiten Gemeingebrauchsbegriff" siehe oben G. II. 1. b.

408) Siehe hierzu oben G. II., dort insbesondere 3.

Zum anderen läßt sich dogmatisch kaum überzeugend erklären, wie ein zunächst gemeingebräuchlicher Straßenbenutzungsvorgang bei wachsender Nutzungsintensität und gleichzeitigem Aufkommen von Nutzungsrivalität plötzlich in eine völlig andere Straßenbenutzungskategorie, nämlich in eine Sondernutzung, umschlagen soll. Als Beispiel hierfür mag folgender Kommunikationsvorgang dienen: Bei der Verteilung politischen Werbematerials auf öffentlichen Straßen soll es sich - sofern dies dadurch geschieht, daß Personen Handzettel verteilen - um Gemeingebrauch handeln. Erfolgt die Verteilung von einem "Informationsstand" aus, z.B. Tapeziertisch, der im Straßenraum aufgebaut ist, dann wird als Folge der gegenständlichen Inanspruchnahme des Straßenraums und der damit verbundenen Gemeingebrauchsbeeinträchtigung eine Sondernutzung bejaht. ⁴⁰⁹⁾ Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen, da auch eine Person, die Handzettel verteilt, den Straßenraum gegenständlich in Anspruch nimmt und unter Umständen eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs bewirken kann.

409) Siehe die Nachweise in Anm. 291 und 292.

Im übrigen dürfte von Interesse sein, wie nach dieser Auffassung der Vorgang beurteilt werden soll, daß eine Person aus einem umgehängten Bauchladen heraus Handzettel mit politischem Inhalt verteilt.

Das "Umschlagen" gemeingebräuchlicher Straßenbenutzungen in den Sondernutzungsstatbestand oder umgekehrt ist der geltenden Straßenrechtssystematik fremd. Gemeingebräuchliche Straßenbenutzungsformen behalten diese rechtliche Qualifikation bei. Sie erweisen sich allenfalls unter bestimmten Voraussetzungen als unzulässiger, da durch andere Gesetze verbotener Gemeingebrauch.⁴¹⁰⁾ Für Straßenbenutzungsvorgänge, die dem Sondernutzungsstatbestand unterfallen, gilt dies sinngemäß. Auch bei geringster Nutzungsintensität wandelt sich ein sondergebräuchlicher Straßenbenutzungsvorgang nicht in einen gemeingebräuchlichen.

- (2) Ein anderer Ansatz ist dadurch gekennzeichnet, daß er die Bagatell-(Sonder-)Nutzungen jeglicher straßenrechtlichen Kategorisierung entkleidet und als "gemeingegebrauchsbegleitende Nutzung" straßenrechtsbegrifflich neutralisiert.⁴¹¹⁾

410) Zum unzulässigen Gemeingebrauch siehe oben G. II. 3.

Bei diesem Versuch stimmt die Bezeichnung der Nutzungen nachdenklich. Vermag sie doch den Eindruck zu erwecken, als handle es sich hierbei um Nutzungen, die anlässlich einer gemeingebräuchlichen Straßenbenutzung, gleichsam "nebenher", ausgeübt werden, wie dies beispielsweise bei der Werbung an Fahrzeugen der Fall ist, sofern bei dieser Straßenbenutzung der Verkehrszweck überwiegt.

Die Bezeichnung "gemeingebräuchs-
begleitende Nutzung" trifft jedoch insoweit zu, als Bagatellnutzungen regelmäßig gemeingebräuchsbezogen sind, da sie an den Verkehr anknüpfen, der auf der Straße stattfindet. Dies gilt insbesondere für solche Kommunikationsvorgänge, die ohne den Verkehr weitgehend ihren Sinn verlören. Sie erweisen sich dadurch als "kommunikationsakzessorisch" zum Gemeingebrauch.

Die Benutzungsvorgänge, die dem gemeingebräuchsbegleitenden Tatbestand unterfallen, stimmen mit den Nutzungen überein, die oben dem erlaubnisfreien Bagatell-(Sonder-)Nutzungsstatbestand zugeordnet wurden.

- 411) Zur gemeingebräuchsbegleitenden Straßenbenutzung siehe Bartlperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 85.

Dies gilt jedenfalls insoweit, als es sich um die anstaltspolizeiliche Komponente einer Nutzung handelt. Der sachliche Unterschied beider Auffassungen beruht auf der konträren Ansicht über die Reglementierungsbedürftigkeit geringfügiger gegenständlicher Straßenbenutzungen. Die Lehre vom gemeingebräuchsbegleitenden Nutzungstatbestand betrachtet jede gegenständliche Straßenbenutzung ausnahmslos als erlaubnispflichtige Sondernutzung und trägt damit der überkommenen Auffassung vom Wesen der Sondernutzung noch in begrenztem Umfang Rechnung. Sie vermag indessen die Erlaubnispflicht völlig geringfügiger gegenständlicher Straßenbenutzungen, für deren Reglementierung mangels anstaltspolizeilicher Relevanz kein Bedürfnis besteht, kaum überzeugend zu begründen. Die verwaltungstechnische Unmöglichkeit, diese Vorgänge alle zu erfassen und zu bearbeiten, bleibt dabei ebenfalls unberücksichtigt. Auch unter ergänzender Zuhilfenahme der nicht unproblematischen Konstruktion der Rechtsprechung des BVerwG, vom grundrechtlich in seinem Kern geschützten Anliegergebrauch, verbleiben noch Benutzungsvorgänge, deren straßenrechtliche Einordnung Schwierigkeiten bereitet, da nicht alle gegenständlichen Straßenbenutzungen unter den engen Begriff der Anliegernutzung subsumiert werden können.

Die rechtliche Konstruktion des erlaubnisfreien Sondernutzungsstatbestands bewältigt diese dogmatischen Schwierigkeiten mühelos, indem sie die Reglementierungsbedürftigkeit geringfügiger gegenständlicher oder (und) belangloser agitatorischer Nutzungen ⁴¹²⁾ ausschließlich nach dem Grad ihrer potentiellen Gemeingebrauchsgefährdung bemißt. Aus dieser Sicht kann es nicht darauf ankommen, wer die konkrete Nutzung (subjektiv) ausübt bzw. tatsächlich von ihr geringfügig profitiert. Bagatellnutzungen darf jedermann erlaubnisfrei ausüben. Sie werden von der erweiterten öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung der Straße erfaßt und sind deshalb auch einer bürgerlich-rechtlichen Zustimmungsbedürftigkeit des Straßeneigentümers entzogen.

An dieser Stelle ist die rechtspolitische Überlegung anzustellen, die Ausübung von Bagatellsondernutzungen in Ausnahmefällen von einer vorherigen Anzeige gegenüber dem Straßenherrn abhängig zu machen.

412) Anm. 304 und 305.

Die Statuierung einer Anzeigepflicht stellt gegenüber der Erlaubnispflicht einen minderschweren Eingriff in die Rechtssphäre der Nutzungswilligen dar. Sie kommt in Betracht bei Bagatellsondernutzungen, die leistungsrechtlich und anstaltspolizeilich irrelevant sind, die jedoch dadurch allgemein sicherheitsrechtlich hervortreten, daß sie insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Straßenreinhaltung Bedeutung erlangen. ⁴¹³⁾ Derartige Nutzungen ereignen sich regelmäßig im Übergangsfeld zum erlaubnispflichtigen Sondernutzungstatbestand. Die Anzeigepflicht rechtfertigt sich aus allgemein sicherheitsrechtlichen Erwägungen.

- 413) Die Straßenreinigung wird traditionell dem allgemeinen Sicherheitsrecht zugeordnet, obgleich ihre Rechtsgrundlagen in die Straßen- und Wegegesetze übernommen wurden. Siehe hierzu statt vieler Art. 51 BayStrWG und Kodal, aaO, S. 1056. Beispiel für eine allgemein sicherheitsrechtlich relevante anzeigepflichtige Bagatellnutzung: Straßenverschmutzung durch geworfenes Werbematerial, das ~~einen~~ nur geringfügig in den Straßenraum hineinragenden Behälter entnommen wurde.

Sofern die Verwaltung die Auffassung vertritt, daß die angezeigte Straßenbenutzung den Rahmen einer (anzeige-pflichtigen) Bagatellsondernutzung übersteigt, könnte sie den Betroffenen anhalten, die erforderliche Erlaubnis einzuholen.

bb) Der erlaubnispflichtige Sondernutzungstatbestand

Der Rahmen einer Bagatellsondernutzung wird überschritten, wenn als Folge einer Straßenbenutzung eine abstrakte Gefährdung des Gemeingebrauchs eintritt. Eine konkrete Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs durch die Nutzung ist nicht erforderlich.⁴¹⁴⁾ Das Vorliegen eines abstrakten Gefährdungstatbestands rechtfertigt stets das Verlangen, eine behördliche Erlaubnis einzuholen. Dies gilt prinzipiell auch für alle Straßenbenutzungen, bei deren Ausübung von Grundrechten außerhalb des Art. 2 Abs. 1 GG, z.B. Art. 12, Art. 21 GG, Gebrauch gemacht wird.

414) Die in der Rspr. (Anm. 266) vorgetragene Kritik an der Erlaubnisbedürftigkeit bei sog. "spontanen" Kundgaben politischer Meinungen wurde vom BGH (Anm. 274) mit überzeugenden Gründen zurückgewiesen.

Auch Benutzungen, die dem Schutz der Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG) unterstehen, sind als Sondernutzungen einzustufen, wenn bei ihrer Ausübung der Verkehrszweck hintantritt oder überhaupt entfällt. Als solche unterstehen sie der generellen Erlaubnispflicht, sofern es sich mangels leistungsrechtlicher und (oder) anstaltspolizeilicher Relevanz der Nutzung nicht um erlaubnisfreie Bagatellsondernutzungen handelt.⁴¹⁵⁾ Diese Auffassung kann auch im Lichte der sogenannten Wechselwirkungstheorie⁴¹⁶⁾ grundsätzliche Geltung beanspruchen.

415) Das Vorliegen einer abstrakten Gefährdung ist zu bejahen, wenn eine Straßenbenutzung generell geeignet ist, die Aufmerksamkeit anderer Straßenbenutzer in verkehrsgefährdender Weise abzulenken oder die Leichtigkeit des Verkehrs zu beeinträchtigen. Eine konkrete Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs liegt vor, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Störung des Gemeingebrauchs zu erwarten ist (in diesem Sinne zu Gefahren, die von der Außenwerbung ausgehen, Urt. d. BVerwG v. 13.12.1967, BVerwGE 28, 310 ff. - 315 f.). Allgemein zum Gefahrenbegriff siehe Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht III, 4. Aufl. 1978, § 125 III.

416) Anm. 274.

Die Meinungsfreiheit wird insoweit verfassungsrechtlich einwandfrei durch die Straßengesetze eingeschränkt. 417) Das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung ungestörter Gemeingebrauchs rechtfertigt diese Einschränkung, zumal die Ausübung der Meinungsfreiheit weder verhindert noch wesentlich erschwert, sondern lediglich im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit der gegenüber anderen Benutzungen vorrangigen gemeingebrauchlichen Straßenbenutzung überprüft wird. Die Erlaubnis kann im allgemeinen nicht versagt werden, da die Kundgabe religiöser oder politischer Meinungen auf öffentlichen Straßen von der (erweiterten) öffentlichen Zweckbindung ebenso erfaßt wird wie sonstige Formen der Kommunikation.

Die Erlaubnis hat eine zweifache Wirkung. Sie bestätigt die anstaltspolizeiliche Unbedenklichkeit der Nutzung und eröffnet gleichzeitig die Zulassung zur Inanspruchnahme der Verwaltungsleistung. Sie ist nach pflichtgemäßem Ermessen zu erteilen. Ein allgemeiner Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis im Sinne eines materiellen subjektiven öffentlichen Rechts besteht nicht.

417) In diesem Sinne auch Meinhard Schröder, aaO, S. 465 f.

Straßenbenutzer können aber ausnahmsweise einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis aus Art. 3 Abs. 1 GG herleiten, wenn aufgrund vorhergehender Verwaltungsübung in ähnlichen oder gleich gelagerten Fällen eine Selbstbindung der Verwaltung eingetreten ist. ⁴¹⁸⁾ Ferner erscheint denkbar, daß in Ausnahmefällen nach den in § 40 VwVfG niedergelegten Grundsätzen, die für die Ausübung des behördlichen Ermessens gelten, im Falle der "Ermessensschrumpfung" ⁴¹⁹⁾ ein materielles subjektives öffentliches Recht auf Erteilung der Erlaubnis bejaht werden kann.

418) Zur Selbstbindung der Verwaltung siehe Ossenbühl in: Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1977, S. 76 ff. - 80 und ders., AöR 92 (1967) 1 ff. - 14 mit Nachweisen.

419) Ermessensschrumpfung oder Ermessensreduzierung auf null liegt vor, wenn im gegebenen Falle jede andere Entscheidung der Behörde als die Erteilung der Erlaubnis als ermessensfehlerhaft angesehen werden müßte. Siehe hierzu bei Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 4. Aufl. 1975, S. 178 ff., ausführlich zur Ermessenslehre, Obermayer, aaO, S. 56 ff. m. zahlr. Hinweisen auf Lit. und Rspr.

cc) Der nichterlaubnisfähige Sonder-
nutzungsstatbestand

Außerverkehrliche Straßenbenutzungen, die infolge hoher Nutzungsrivalität den Gemeingebrauch empfindlich gefährden oder (und) beeinträchtigen, sind grundsätzlich nicht erlaubnisfähig. Die Grenze der Erlaubnisfähigkeit ist im Hinblick auf die zu erwartende Gemeingebrauchsbeeinträchtigung bzw. -gefährdung unter Berücksichtigung der allgemeinen Gemeingebrauchssituation der betroffenen Straße festzusetzen. Bei der Entscheidung über die Erteilung der Erlaubnis hat die Behörde zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an der Ausübung möglichst störungsfreien Gemeingebrauchs und dem privaten Interesse des Bewerbers an der Ausübung der Sondernutzung gerecht abzuwägen. Sofern die zu erwartende Beeinträchtigung bzw. Gefährdung des Gemeingebrauchs nicht mehr hingenommen werden kann, ist die Erlaubnis zu versagen. Vorher hat die Behörde zu prüfen, ob nicht im Wege einer mittels Auflagen und Bedingungen modifizierten Erlaubnis ein Ausgleich der widerstrebenden Interessen geschaffen werden kann. 420)

420) Z.B. durch Beschränkung der beantragten Nutzung auf in der Erlaubnis festgesetzte Zeiten.

dd) Die gemeindlichen Satzungsermächtigungen
für Sondernutzungen

Innerhalb eines gestaffelten Sondernutzungstatbestands sind Sondernutzungen, die von den Gemeinden nach den Bestimmungen des FStrG ⁴²¹⁾ und der Landesstraßengesetze der Flächenstaaten ⁴²²⁾ abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen geregelt werden können, sowohl aus leistungsrechtlicher als auch aus anstaltspolizeilicher Sicht auf der Stufe des erlaubnispflichtigen Sondernutzungstatbestands einzuordnen. Der Sinn dieser Bestimmungen in den neuen Straßengesetzen liegt erkennbar darin, bestimmte außerverkehrliche Nutzungen öffentlicher Straßen innerhalb der geschlossenen Ortslage als Erscheinungsformen des öffentlichen Gemeinschaftslebens nach gewachsenen Rechtsanschauungen zu regeln. ⁴²³⁾

421) § 8 Abs. 1 Satz 4 FStrG. Zur verfassungsrechtlichen Problematik dieser Ermächtigungsnorm siehe ausführlich Bartlsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 97 ff.

422) § 18 Abs. 8 BWStrG, Art. 22 a BayStrWG, § 37 HessStrG, § 51 NStrG, § 19 Abs. 3 NRWStrG, § 42 RPLStrG, § 19 Abs. 3 SaarlStrG, § 23 Abs. 1 SHStrWG.

423) In diesem Sinne Bartlsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 97.

Die gesetzliche Straßenbenutzungsordnung kann dadurch in gewissen Grenzen mit mehr Beweglichkeit gehandhabt werden. Zugleich wird die einheitliche Ausübung bestimmter Sondernutzungen innerhalb des Gemeindegebiets gewährleistet. ⁴²⁴⁾ Die Möglichkeit einer satzungsmäßigen Regelung versetzt die Gemeinde in die Lage, bestimmte Sondernutzungen generell von einer Erlaubnis zu befreien oder die Erlaubnis nach (vereinfachten) Modalitäten zu erteilen. ⁴²⁵⁾ Dieser Umstand vermag aber nicht an der Erkenntnis vorbeizuführen, daß das gemeindliche Satzungsrecht nur solche Straßenbenutzungen erfaßt, die innerhalb der erweiterten öffentlichen Zweckbindung gemeindlicher Straßen einem ausschließlich öffentlich-rechtlichen Straßenregime unterstehen.

424) So können zum Beispiel die Abmessungen erlaubnisbefreiter Reklameschilder satzungsmäßig festgelegt werden. Solche Sondernutzungen sind an sich erlaubnispflichtig; siehe hierzu bei Marschall-Schroeter-Kastner, aaO, § 8 Rdnr. 3.11.

425) Ausführlich hierzu Bartlsperger, aaO, S. 102.

Es handelt sich somit um Sondernutzungen, die an sich sowohl einer anstaltspolizeilichen Überwachung als auch einer leistungsrechtlichen Zulassung bedürfen. Die Erlaubniserteilung erfolgt in diesen Fällen generell durch Rechtssatz. Den Gemeinden ist die satzungsrechtliche Reglementierung gemeingebräuchlicher Straßenbenutzungen verwehrt. Nach überwiegender Auffassung ⁴²⁶⁾ ermächtigt die Satzungsbefugnis nicht zu einer Grenzverschiebung zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung. Ebensowenig ist die Einbeziehung von Bagatellsondernutzungen in den erlaubnispflichtigen Sondernutzungstatbestand statthaft. Bagatellsondernutzungen sind kraft Verfassungsrechts erlaubnisfrei. Der Grundsatz des Übermaßverbots verbietet auch deren satzungsmäßige Reglementierung, weil dadurch mittelbar die prinzipielle Erlaubnispflicht dieser Nutzungen statuiert wird.

426) Siehe Böhm, Das hessische Straßengesetz, 2. Aufl. 1971, § 37 Anm. 2. (S. 265), Bartlperger, aaO, S. 104, Rzepka-Reither, Bayerisches Straßen- und Wegerecht, Art. 22 a Erl. 1. a, in diesem Sinne wohl auch Sieder-Zeitler, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, 2. Aufl. 1972, Nachtrag 1975, Art. 22 a Rdnr. 2 und Prandl-Gillessen, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, 5. Aufl. 1977, Art. 22 a, S. 78.

Deshalb kann der Anerkennung eines gestaffelten Sondernutzungstatbestands auch nicht mit dem Argument entgegengetreten werden, daß die innerhalb des erlaubnisfreien Sondernutzungstatbestands stattfindenden Bagatellnutzungen einer Regelung im Rahmen des gemeindlichen Satzungsrechts zugänglich seien. Schließlich kann die gemeindliche Satzungsbefugnis auch nicht dazu dienen, die Zustimmungspflichtigkeit des Straßeneigentümers für bestimmte Sondernutzungen festzusetzen, da das Straßeneigentum im Hinblick auf Nutzungen innerhalb der öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung der Straße funktionslos geworden ist. 427)

Der gemeindlichen Satzungsbefugnis im Bereich des Sondernutzungsrechts kommt somit nur ein beschränkter Anwendungsbereich zu, dessen Ausschöpfung die grundsätzliche Geltung der ausschließlich öffentlich-rechtlichen Straßenbenutzungsordnung unberührt läßt. 428)

Zu 426) Unterschiedlich wird die Frage beurteilt, ob die Satzungsermächtigungen eine andere Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlicher und bürgerlich-rechtlicher bzw. sonstiger Sondernutzung erlauben. Bejahend Rzepka-Reither, aaO, Sieder-Zeitler, aaO und Prandl-Gillessen, aaO; a.A.: Böhm, aaO.

427) Oben G. III. 1.

4. Die Sondernutzungsgebühr

Die rechtliche Qualifizierung sondergebräuchlicher Straßenbenutzungen als Inanspruchnahme einer Verwaltungsleistung, die regelmäßig der anstaltspolizeilichen Überwachung und der leistungsrechtlichen Zulassung bedarf, erfordert auch eine Interpretation der straßenrechtlichen Sondernutzungsgebühr im Sinne dieser Systematik.⁴²⁹⁾ Wie oben schon dargelegt, haben die Straßenrechtsgesetzgeber von der grundsätzlich bestehenden Möglichkeit, den Gemeingebrauch einer Entgeltpflichtigkeit zu unterstellen, bislang (noch) keinen Gebrauch gemacht.⁴³⁰⁾ Der Sondergebrauch an öffentlichen Straßen hingegen wird traditionellerweise nur gegen Entgelt⁴³¹⁾ gewährt. Diese Praxis hat als Sondernutzungsgebührentatbestand Eingang in fast alle neuen Straßengesetze gefunden.⁴³²⁾

428) Die öffentlich-rechtliche Straßenbenutzungsordnung ist ein Teil der umfassenden öffentlichen Sachwaltung, siehe hierzu den Nachweis in Anm. 314.

429) Oben G. III. 1.

430) Siehe im einzelnen hierzu bei Kodal, aaO, S. 50 ff. und S. 407 f.

431) Siehe Germershausen, Wegerecht I, S. 705, zur Rechtsentwicklung der Straßenbenutzungsgebühren siehe Kodal, aaO, S. 282 ff., zur Sondernutzungsgebühr im einzelnen ders., aaO, S. 498 ff., Marschall-Schroeter-Kastner, aaO, § 8 Rdnr. 6.

432) § 8 Abs. 2 FStrG, § 21 BWStrG, Art. 18 Abs. 2 a BayStrWG, § 10 Abs. 5 BlnStrG, § 19 Abs. 3 HambWG, § 18 HessStrG, § 21 NStrG, § 18 Abs. 2 Satz 3 NRWStrG, § 47 RPLStrG, § 18 Abs. 3 SaarlStrG, § 26 SHStrWG; Ausnahme: BremLStrG.

Die begriffliche Aufspaltung jeder Sondernutzung in eine leistungsrechtliche und eine anstaltspolizeiliche Komponente liefert auch bei der Frage nach der Rechtfertigung des Straßenbenutzungsentgelts für den Sondergebrauch den rechtstheoretischen Ausgangspunkt, an den sämtliche Überlegungen anzuknüpfen haben.

Die Sondernutzungsgebühr wird traditionellerweise als Benutzungsgebühr für die Inanspruchnahme der Straße verstanden.⁴³³⁾ Sie ist von der daneben zu entrichtenden Verwaltungsgebühr zu trennen. Diese ist im Gegensatz zur wiederkehrenden Sondernutzungsgebühr nur einmal zu entrichten. Sie stellt das Entgelt für eine kostenpflichtige Amtshandlung dar, die darin besteht, daß die Behörde den Erlaubnis- und Sondernutzungsgebührenbescheid ausfertigt. Die Zulässigkeit der Erhebung von Verwaltungsgebühren für Amtshandlungen, die nicht im überwiegenden öffentlichen Interesse von Amts wegen, sondern im Interesse des Antragstellers vorgenommen werden, sowie die Bemessung von deren Höhe richtet sich nach den einschlägigen Kostengesetzen des Bundes und der Länder.⁴³⁴⁾

433) Siehe statt vieler Marschall-Schroeter-Kastner, aaO, Rdnr. 6.2.

434) Verwaltungskostengesetz v. 23.6.1970 (BGBl. I S. 821) und z.B. bayerisches Kostengesetz i.d.F. der Bekanntmachung v. 25.6.1969 (GVBl. S. 165). Zum Unterschied zwischen Verwaltung und Benutzungsgebühr siehe Uffhausen, Die Benutzungsgebühr, Diss. Göttingen 1970, S. 93 ff., Wilke, Gebührenrecht und Grundgesetz 1973, S. 111 ff.

Nach den allgemeinen Grundsätzen des Gebührenrechts kann ein Gebührentatbestand nur an eine behördliche Leistung anknüpfen.⁴³⁵⁾ Die systematische Trennung zwischen Verwaltungs- und Benutzungsgebühr weist darauf hin, daß den Gebührentatbeständen unterschiedliche Verwaltungsleistungen zugrundeliegen. Die Gebührenpflichtigkeit der Inanspruchnahme von Verwaltungsleistungen - insbesondere im Bereich des Anstaltsrechts - gilt zwar als allgemein anerkannt,⁴³⁶⁾ gleichwohl soll im Folgenden der Frage nach der theoretischen Rechtfertigung der Sondernutzungsgebühr nachgegangen werden.

a) Die Rechtfertigung der Sondernutzungsgebühr

- (1) Aus leistungsrechtlicher Sicht stellt sich die straßenrechtliche Sondernutzungsgebühr als Gegenleistung für eine besondere Inanspruchnahme einer Verwaltungsleistung dar. Die Entrichtung dieses Entgelts versteht sich nicht als direkte Gegenleistung im Sinne eines (schuldrechtlichen) Synallagma,⁴³⁷⁾ da ein gezielter Leistungsaustausch nicht stattfindet und eine wechselseitige Verknüpfung von Leistungspflichten nicht vorliegt.⁴³⁸⁾

435) Siehe hierzu bei Wilke, aaO, S. 55 ff. Allgemein zur Gebührentheorie siehe Hansmeyer-Fürst, Die Gebühren, 1968, ferner Münch, Kollektive Güter und Gebühren, 1976, Ganter, Entwicklung, Theorie und Politik staatlicher Gebühren, insbesondere der Verwaltungsgebühren, Diss. Mannheim 1967.

In der Literatur wird die Sondernutzungsgebühr als "Verwaltungspreis" bezeichnet.⁴³⁹⁾ Diese Benennung erscheint auch insoweit gerechtfertigt, als der leistungrechtliche Status öffentlicher Straßen in deren "Verwaltet-Werden" besteht. Hohe Gebührenforderungen für Straßenbenutzungen mit vergleichsweise geringer Nutzungsintensität halten die Bereitschaft zur sondergebräuchlichen Inanspruchnahme der Straße in Grenzen. Die Sondernutzungsgebühr besitzt insofern eine beschränkte Lenkungsfunktion.

Der aus der ökonomischen Theorie entlehnte Preisbegriff trifft den vorliegenden Sachverhalt insoweit nicht ganz, als es sich bei den öffentlichen Straßen um (beschränkte) Kollektivgüter handelt, deren Bereitstellung nicht marktmäßig im Wege der Privatinitiative, sondern in Erfüllung einer sozialstaatlichen Aufgabe erfolgt.⁴⁴⁰⁾

436) Siehe hierzu statt vieler Wilke, aaO, S. 55 ff., zu den Gebühren bei Anstaltsnutzungen siehe Salzwedel in: Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1977, S. 326 ff.

437) Zu diesem Begriff siehe Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1976, § 15 I (S. 166 ff.).

438) In diesem Sinne Wendt, Die Gebühr als Lenkungsmittel, 1975, S. 71 ff. - 73; anders, Salzwedel, aaO, der hier ein "öffentlich-rechtliches Synallagma" annimmt.

Die öffentliche Aufgabenerfüllung geschieht in der Weise, daß der Straßenherr durch positive, kostenverursachende Handlungen ein Leistungspotential erstellt und für möglichst allzeitigen Leistungsabruf bereithält. ⁴⁴¹⁾ Der Leistungsabruf erfolgt durch die verkehrsmäßige Straßenbenutzung, die als Hauptleistungszweck öffentlicher Straßen den Vorrang vor allen anderen Benutzungen genießt. Diese Form des Leistungskonsums wird (derzeit) zulassungsfrei und kostenlos gewährt. Der Straßenherr als Leistungsträger beschränkt sich darauf, die Inanspruchnahme der Verwaltungsleistung zu dulden. Sondernutzer dürfen von der Straße nur aufgrund besonderer Zulassung (Erlaubnis) Gebrauch machen und müssen für die Nutzung ein leistungsbezogenes Nutzungsentgelt (Sondernutzungsgebühr) entrichten. Die Bezeichnung "Duldungsgebühr" ist somit für diesen Tatbestand nicht gerechtfertigt. ⁴⁴²⁾

439) Leisner, Verwaltungspreis-Verwaltungssteuer, S. 730 ff. - 732, Bartlsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 134. Zu den Grenzen der Gebühr als Lenkungsmittel siehe Wendt, aaO, S. 65 ff., siehe hierzu auch Leisner, aaO, S. 732.

440) Bartlsperger, DVBl. 79, 1 ff. - 14.

441) Es handelt sich insoweit um eine wirtschaftspolitische Vorleistung des Straßenherrn.

Der Sondergebrauch öffentlicher Straßen schmälert den möglichen Leistungsabruf Gemeingebrauchswilliger und verhindert insoweit den Eintritt des Hauptleistungserfolgs durch Beanspruchung der Straße für andere (Neben-)Leistungszwecke. Die Sondernutzungsgebühr stellt sich somit auch als Entgelt dafür dar, daß durch die außer-verkehrliche Straßenbenutzung die Erfüllung des Hauptleistungszwecks behindert wird.

- (2) Die Sonderbenutzung öffentlicher Straßen bedarf aufgrund der damit verbundenen potentiellen Gemeingebrauchsgefährdung bzw. -beeinträchtigung der Überwachung durch den Straßenherrn (anstaltspolizeiliche Komponente der früheren Wegepolizei). 443)

442) So jedoch Wilke, aaO, S. 57 und Urt. d. BVerfG v. 21.10. 1970, MDR 71, 242.

443) Zur Wegepolizei siehe Anm. 10.

Da die Gemeingebrauchs-situation an öffentlichen Straßen nicht nur vorübergehenden Schwankungen, sondern auch langfristigen Veränderungen unterworfen ist, ⁴⁴⁴⁾ kann die anstaltspolizeiliche Überwachung des Sondergebrauchs nicht im Wege einer einmaligen vorherigen Überprüfung der begehrten Nutzung im Hinblick auf deren Vereinbarkeit mit dem Gemeingebrauch für alle Zukunft erfolgen. Der Sondergebrauch an öffentlichen Straßen bedarf einer ständigen oder zumindest in regelmäßigen Zeitabständen vorzunehmenden Kontrolle, deren Ergebnis darüber Auskunft gibt, ob die Sondernutzung mit der Ausübung des Gemeingebrauchs noch vereinbar ist. Diese Überwachungstätigkeit des Straßenherrn stellt ebenso eine "Verwaltungsleistung" dar, wie die Erfüllung polizeilicher Aufgaben durch den Staat schlechthin.

- 444) Vorübergehenden Schwankungen ist die Gemeingebrauchssituation beispielsweise während des Tages ausgesetzt, wenn sich das Verkehrsaufkommen in den sogenannten Stoßzeiten schlagartig erhöht. Eine langfristige Änderung der Gemeingebrauchssituation tritt beispielsweise ein, wenn eine Straße infolge verkehrslenkender Maßnahmen der Straßenverkehrsbehörde zur Durchgangsstraße für den Fernverkehr wird oder wenn sie im Zuge der Bauleitplanung Erschließungsfunktion für ein Neubaugebiet übernimmt.

Derartige Leistungen können als eigenständiger Anknüpfungspunkt für eine Gebührenerhebung dienen, wenn sie entweder vom Sonderbenutzer verschuldet sind, in seinem Interesse liegen, seinem Vorteil dienen oder sonstwie von ihm veranlaßt werden. 445) Keines dieser Prinzipien, die einer Gebührenerhebung zugrunde liegen können, kommt bei der straßenrechtlichen Sondernutzung in Betracht. Die anstaltspolizeiliche Überwachung der Sondernutzungstätigkeit wird nicht zurechenbar im Hinblick auf einen bestimmten Sondernutzungsnehmer durchgeführt, sondern erfolgt umfassend im Rahmen der anstaltspolizeilichen Aufgabewahrnehmung, die der Gewährleistung des Gemeingebrauchs dient. Die Überwachung liegt somit im Interesse der Allgemeinheit. Sie kann deshalb nicht eigenständiger Anknüpfungspunkt einer besonderen Gebühr sein. 446)

445) Zum Veranlassungsprinzip im Gebührenrecht siehe bei Wilke, aaO, S. 83 ff.

446) Daraus wird ersichtlich, daß die Gebühr für die Ausübung der Zufahrt auf freier Strecke sich mangels leistungsrechtlichen Sondernutzungstatbestands als echte Gemeingebrauchsgebühr erweist (siehe oben G. III. 3. b.).

Sofern man hier eine Gebühr für zulässig erachten wollte, müßte diese als mit der Benutzungsgebühr abgegolten angesehen werden. Ein Vergleich mit der Nutzung einer öffentlichen Anstalt macht dies deutlich. Die anstaltspolizeiliche Überwachungstätigkeit bei der Benutzung einer öffentlichen Anstalt tritt nicht als eigenständiger, durch das Veranlassungsprinzip gerechtfertigter Gebührenentatbestand hervor. Den rechtlichen Anknüpfungspunkt für die Benutzungsgebühr bildet der Anstaltsbenutzungstatbestand. Eine (fiktive) Überwachungsgebühr ist dem Anstaltsrecht unbekannt.

Somit ist festzustellen, daß die straßenrechtliche Sondernutzungsgebühr ihre ausschließliche Rechtfertigung in der Inanspruchnahme der Straße als Verwaltungsleistung findet. Entgegen der in Literatur und Rechtsprechung verbreiteten Auffassung, besteht die "Leistung" der Verwaltung, die der Sondernutzungsgebühr gegenübersteht, nicht in der "mit der Duldung des Sondergebrauchs in Kauf genommenen Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs", 447) sondern in der Bereitstellung und Vorhaltung eines ständig abrufbereiten Leistungspotentials, das sowohl der (vorrangigen) gemeingebrauchlichen Benutzung als auch - in begrenztem Maße - dem Sondergebrauch eröffnet ist.

b) Der Gebührenmaßstab

Die theoretische Rechtfertigung für die Erhebung einer Sondernutzungsgebühr bei sondergebräuchlichen Straßenbenutzungen beruht, wie soeben dargestellt, auf der Inanspruchnahme einer Verwaltungsleistung. Diese Feststellung kann auf die Wahl der Bemessungsgrundlage einer Sondernutzungsgebühr nicht ohne Einfluß bleiben. Es ist daher ein Gebührenmaßstab zu entwickeln, der die Leistungsmenge zumindest grob widerspiegelt, die bei der Ausübung von Sondernutzungen konsumiert wird. Dabei sind die Sondernutzungsgebührenvorschriften der neuen Straßengesetze zugrunde zu legen, sofern sie einer leistungsrechtlichen Interpretation zugänglich erscheinen.

Soweit die Gebührenvorschriften der Landesstraßengesetze nach dem Vorbild des FStrG⁴⁴⁷⁾ abgefaßt sind, dienen als Bemessungsgrundlage die Art und das Ausmaß der Einwirkung auf die Straße und den Gemeingebrauch und das wirtschaftliche Interesse des Gebührenschuldners.

447) So jedoch die Rechtsprechung des BVerwG (Urt. v. 21.10.1970, DöV 71, 102) und des BayVGh (Urt. v. 31.5.1978, DVBl. 79, 75 f.).

448) Vgl. § 8 Abs. 3 Satz 6 FStrG, § 21 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 BWStrG, Art. 18 Abs. 2 a Satz 4 BayStrWG, § 47 Abs. 1, 5 RPLStrG, § 18 Abs. 3 SaarlStrG, § 26 Abs. 5 SHStrWG. Die übrigen Landesstraßengesetze weisen Formulierungen auf, die vom Muster des FStrG zum Teil erheblich abweichen.

Die Straßengesetze verwenden somit überwiegend einen kombinierten Gebührenmaßstab, der mit der konsumierten Leistungsmenge nur scheinbar nicht in Zusammenhang steht.

- (1) Als Leistungsmengenmaßstab für den Leistungskonsum bei der Ausübung einer Sondernutzung kann die Intensität gelten, mit der die Straße als Verwaltungsleistung in Anspruch genommen wird. 449) Die Nutzungsintensität hängt weitgehend davon ab, in welchem Umfang die Nutzung den Gemeingebrauch gefährdet, bzw. beeinträchtigt. Darauf stellen auch die Gebührenregelungen ab, sofern Sie Art und Ausmaß einer Einwirkung auf den Gemeingebrauch berücksichtigen, da der Umfang der ausgelösten Gemeingebrauchsgefährdung bzw. -beeinträchtigung nichts anderes als eine Folge von Art und Ausmaß der Einwirkung darstellt.

Zu 448) Dies gilt insbesondere für das BremLStrG, das keine Gebührenerhebung kennt, das BlnStrG, mit der Besonderheit des Straßeneigentümers als Gebührengläubiger (§ 10 Abs. 5) und für das HambWG, das auf das hamburgische Gebührengesetz verweist (§ 19 Abs. 3 HambWG). Ebenfalls keinen Gebührenmaßstab nennt das NRWLStrG (§ 18 Abs. 2 Satz 2), während das HessStrG (§ 16, § 18 Abs. 1 Satz 2) und das NStrG (§ 21 Abs. 1) lediglich den wirtschaftlichen Vorteil der Sondernutzung als Bemessungsgrundlage nennen.

449) Dazu oben G. III. 3. d.

Die Sondernutzungsgebührenregelungen der neuen Straßen-gesetze liefern insoweit eine leistungsrechtliche Bemessungsgrundlage der Sondernutzungsgebühr. Die anstaltspolizeiliche Komponente einer Sondernutzung bildet somit ein grobes Meßinstrument für die jeweils konsumierte Leistungsmenge, das dem gebührenrechtlichen Grundsatz der Leistungsproportionalität ⁴⁵⁰⁾ Rechnung trägt. Es handelt sich dabei um einen sogenannten Wahrscheinlichkeitsmaßstab, da eine genaue Zuordnung der einander entsprechenden Größen nicht nachweisbar ist.

- 450) Dieser Grundsatz besagt, daß sich die Gebührenhöhe nach dem Umfang der öffentlichen Leistung zu richten hat. Siehe hierzu bei Wilke, aaO, S. 202 ff.

Der Verwendung eines Wahrscheinlichkeitsmaßstabs als Bemessungsgrundlage einer Gebührenerhebung stehen zwar grundsätzlich aus Art. 3 GG herrührende verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber.⁴⁵¹⁾ Diese können als ausgeräumt gelten, wenn ein Wirklichkeitsmaßstab nicht auffindbar ist und das Gebot der Sachgerechtigkeit nicht dadurch verletzt wird, daß keinerlei Zusammenhang des Maßstabs mit Art und Umfang der Benutzung besteht.⁴⁵²⁾ Beide Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

- (2) Nahezu alle Straßengesetze berücksichtigen das "wirtschaftliche Interesse" des Gebührenschuldners als zusätzliches Bemessungskriterium⁴⁵³⁾ und stellen damit auf den individuellen Nutzen ab, der dem Sondernutzer durch die Ausübung der Sondernutzung erwächst.

451) Wilke, aaO.

452) Ebenda und Hansmeyer-Fürst, aaO, S. 45 ff.

453) Vgl. Anm. 448.

Zwar sprechen gegen die Eignung des Nutzens einer Staatsleistung als Anknüpfungspunkt einer Gebührenbemessung allgemeine Bedenken, ⁴⁵⁴⁾ diese treten jedoch zurück, sofern Nutzungsmaßstäbe zugleich Leistungsmengenmaßstäbe sind. Der wirtschaftliche Vorteil, den eine Sondernutzung abwirft, kann allenfalls im Wege einer Vergleichsrechnung annähernd bestimmt werden, indem man die wirtschaftliche Lage mit und ohne Sondernutzung gegenüberstellt und die Differenz ermittelt. Als zusätzliches Bemessungskriterium des wirtschaftlichen Vorteils einer Nutzung können solche Aufwendungen herangezogen werden, die der Sondernutzer als Folge der Sondernutzung erspart. ⁴⁵⁵⁾ Der wirtschaftliche Vorteil einer Nutzung liefert per se noch keinen gebührenrechtlich akzeptablen Leistungsmengenmaßstab. Er muß stets in seiner Abhängigkeit von der konkreten Gemeingebrauchssituation gesehen werden.

454) Wilke, aaO, S. 199.

455) Sieder-Zeitler, aaO,
Art. 18 a Rdnr. 20 c.
(Ergänzungsband S. 60).

Selbst in diesem Zusammenhang bestehen erhebliche Zweifel an der Tauglichkeit des wirtschaftlichen Vorteils als Leistungsmaßstab. Das Bild straßenrechtlicher Sondernutzungen ist zu vielfältig, als daß der Wert eines jeden Benutzungstatbestands genau ermittelt werden könnte. Derartige Vorteilsberechnungen bleiben stets problematisch, da der wirtschaftliche Vorteil einer Sondernutzung nicht allein von der konkreten Gemeingebrauchssituation einer Straße abhängt. Eine Sondernutzung an einer Einkaufsstraße in der Großstadt muß nicht zwangsläufig mehr wirtschaftlichen Nutzen bewirken als die gleiche Sondernutzung in einem ländlich strukturierten Gebiet. Bei wirtschaftlich motivierten Sondernutzungen ⁴⁵⁶⁾ wird dies indessen regelmäßig der Fall sein.

Festzuhalten ist daher, daß jedenfalls bei wirtschaftlich motivierten Sondernutzungen ein Zusammenhang zwischen Nutzungsintensität und wirtschaftlichem Vorteil erkennbar ist.

456) Z.B. Straßencafés und Werbeanlagen.

Das wirtschaftliche Interesse des Sondernutzers darf unter Berücksichtigung der konkreten Gemeingebrauchssituation in diesen Fällen neben dem Kriterium der Nutzungsintensität als grober, zusätzlicher Leistungsmengenmaßstab gelten, der gleichsam als gebührenpolitischer Korrekturfaktor bei der Leistungsbemessung Verwendung finden kann.

c) Der Gebührentarif

Auf der zweiten Stufe der Gebührenbemessung stellt sich einmal die Frage, ob die Höhe der Gebühr einem starren Gebührenkatalog zu entnehmen ist oder nach einem flexiblen Gebührenrahmen bestimmt werden darf. Zum anderen ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls welche Grenzen hinsichtlich der Festsetzung der Gebührenhöhe anzuerkennen sind.

- (1) Die erste der aufgeworfenen Fragen darf durch die umfangreiche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts als geklärt angesehen werden. ⁴⁵⁷⁾

457) Urt. d. BVerwG v. 21.10.1970, BayVB1. 71, 106 ff., v. 21.10.1970, BayVB1. 71, 108 ff., und v. 21.10.1970, BayVB1. 71, 110 f., siehe hierzu auch Bartlspurger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 135,

Danach wird der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz nicht verletzt, wenn für die Erhebung von Sondernutzungsgebühren keine feste Gebühr, sondern ein in seinem Umfang sachentsprechender Gebührenrahmen vorgesehen wird. Die meisten der neuen Straßengesetze tragen dieser Rechtsprechung durch entsprechende Gebührenvorschriften Rechnung. 458)

- (2) Bei der Festlegung der Grenzen der Sondernutzungsgebühr hat einmal mehr die Erkenntnis zugrunde zu liegen, daß die theoretische Rechtfertigung der Sondernutzungsgebühr auf der Inanspruchnahme der Straße als Verwaltungsleistung beruht. Das Entgelt hierfür muß demzufolge in einer Beziehung zu dieser Verwaltungsleistung stehen. Damit scheidet die Sondernutzungsgebühr als ausschließliches oder vorrangiges Instrument der Nachfrage lenkung aus. 459)

Zu 457) vgl. die Nachweise in Anm. 448.

458) Siehe z.B. § 21 Abs. 3 BWStrG, Art. 18 a Abs. 2 Satz 4 BayStrWG, § 18 Abs. 3 SaarlStrG.

459) Grundsätzlich zur Vereinbarkeit der Lenkung mit dem Gebührenbegriff siehe bei Wendt, S. 65 ff.

Der Kontext zwischen Entgelt und Verwaltungsleistung verbietet es ebenfalls, die Gebührenhöhe unter dem alleinigen Gesichtspunkt der Einnahmenerzielung zu bemessen. Der Einsatz der Sondernutzungsgebühr zum Zweck der Nachfrage- lenkung oder Einnahmenerzielung müßte als formenmißbräuchlich erachtet werden, da diese Form der Abgabenerhebung dem Wesen einer Steuer entspricht. 460)

Zur Begrenzung der Gebührenhöhe werden in der Gebührentheorie zwei Kriterien herangezogen. 461) Zum einen der Nutzen, den die gebührenpflichtige Leistung für den Leistungsempfänger bewirkt, zum anderen die Kosten, die auf diese Leistung anteilsmäßig entfallen.

460) Leisner, aaO, S. 732, Krupp, NJW 68, 569 ff. - 570, Bartlsperger, aaO, S. 136. Anderer Auffassung offenbar Wendt, aaO, S. 82.

461) Siehe hierzu Hansmeyer-Fürst, aaO, S. 49 ff. und Wilke, aaO, S. 199.

Die Begrenzung der Sondernutzungsgebühr nach dem Kostendeckungsprinzip ⁴⁶²⁾ scheitert an der Unmöglichkeit, die Teilkosten, die auf eine bestimmte Leistungsmenge entfallen, auch nur annähernd zu bestimmen. Die umfassende Verwaltungsleistung Straße kann nicht in eine Anzahl kostenmäßig quantifizierbarer Teilmengen zerlegt werden. ⁴⁶³⁾ Die Kosten für die Erstellung und Vorhaltung einer öffentlichen Straße stehen in keinem angemessenen Verhältnis zur Leistungsmenge, die bei der Ausübung von Sondernutzungen konsumiert wird. Die Abspaltung eines angemessenen Teilkostenbetrags für den Sondergebrauch ist undurchführbar.

462) Nach dem Kostendeckungsprinzip sind die Gebührensätze in der Regel so zu bemessen, daß Verwaltungs- und Unterhaltungskosten, einschließlich der Ausgaben für Verzinsung und Tilgung des aufgewendeten Kapitals gedeckt, die Kosten des betreffenden Verwaltungszweiges aber nicht überschritten werden (Leisner, aaO, S. 735), siehe hierzu auch Wilke, aaO, S. 292 ff.

463) Von der Gesamtleistungsmenge müßte ohnehin zunächst eine (erhebliche) Teilmenge für den Gemeingebrauch subtrahiert werden. Der "Rest" verbliebe für die Aufteilung unter den Sonderbenutzern.

Das Kostendeckungsprinzip kann daher bei der Bemessung der Sondernutzungsgebührenhöhe keine Anwendung finden.

Die Gegenleistungsfunktion der Sondernutzungsgebühr ⁴⁶⁴⁾ liefert einen Anhaltspunkt dafür, daß die Gebührenhöhe in einer Relation zum Nutzen stehen muß, den der Sondernutzer aus der Sondernutzung zieht. Dies wird dadurch verständlich, daß das wirtschaftliche Interesse an der Nutzung als ergänzender Gebührenmaßstab bejaht werden konnte. ⁴⁶⁵⁾ In der Rechtsprechung ⁴⁶⁶⁾ wird gefordert, daß zwischen Verwaltungsleistung und Gegenleistung ein "angemessenes Verhältnis" bestehen muß, wenn sich auch der Wert der Leistung und der Gegenleistung nicht gerade decken müssen.

464) Siehe oben G. III. 4. a. und Wendt, aaO, S. 50 ff.

465) Oben G. III. 4. b. (2).

466) Urt. d. BVerwG v. 14.4.1967, BVerwGE 26, 305 ff. - 308, ständige Rechtsprechung, vgl. Urt. d. BVerwG v. 13.10.1955, DöV 56, 184 f., v. 23.12.1957, DöV 58, 216 ff. - 220 und v. 24.3.1961, BVerwGE 12, 162 ff., siehe hierzu auch Leisner, aaO, S. 740.

Dabei handelt es sich um ein typisches Gebührenmerkmal, das den Unterschied zur Steuer deutlich macht. Für straßenrechtliche Sondernutzungen trifft dieser Zusammenhang nur bedingt zu. Die Bestimmung des Wertes der durch eine Sondernutzung in Anspruch genommenen Leistungsmenge ist höchst problematisch, da es Sondernutzungen gibt, die zwar den Gemeingebrauch gefährden, bzw. beeinträchtigen können, die jedoch einen meßbaren Nutzen für den Sondernutzungsnehmer, der sich als eine in Geld bestimmbare Vermögenssteigerung niederschlägt, nicht erbringen. ⁴⁶⁷⁾ Die dem Äquivalenzprinzip zugrundeliegende Relation zwischen dem Nutzen einer Sondernutzung und dem Wert der abgerufenen Leistungsmenge ist nicht so aufzufassen, daß der Wert einer Verwaltungsleistung individuell für jeden Leistungsempfänger genau errechnet werden müßte. Dem Äquivalenzgedanken kann mit der Durchschnittsschätzung des Leistungswertes nach objektiven Kriterien genügt werden. ⁴⁶⁸⁾

467) Z.B. wenn Gebäudeteile in den Straßenraum hineinragen.

468) Siehe Leisner, aaO, S. 741 f.

Die Zugrundelegung eines nach Marktgesichtspunkten veranschlagten Verwaltungspreises der Nutzung, der sich im Rahmen des Übermaßverbots hält, gewährleistet eine Begrenzung der Gebührenhöhe, die als mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbart erscheint.

d) Die gebührenfreie Sondernutzung

Wie oben dargestellt, findet die straßenrechtliche Sondernutzungsgebühr ihre theoretische Rechtfertigung ausschließlich in der Inanspruchnahme der Straße als Verwaltungsleistung. ⁴⁶⁹⁾ Demzufolge darf für die Benutzung öffentlicher Straßen eine Sondernutzungsgebühr nicht verlangt werden, wenn dabei die Straße nicht als Verwaltungsleistung in Anspruch genommen wird. Gleiches hat für solche Benutzungen zu gelten, bei denen der Leistungskonsum so unwesentlich ist, daß jede Gebührenerhebung als übermäßig angesehen werden müßte. ⁴⁷⁰⁾ Der Tatbestand der Leistungsinanspruchnahme bei einer Straßenbenutzung kann grundsätzlich auch ohne gleichzeitige Berücksichtigung der anstaltspolizeilichen Komponente bestimmt werden.

469) Siehe oben G. III. 4. a.

470) Derartige Nutzungen sind als "Bagatellnutzungen" erlaubnis- und gebührenfrei.

Diese Feststellung wird bestätigt durch die Tatsache, daß es Straßenbenutzungsvorgänge gibt, die als leistungsrechtliche Inanspruchnahme der Straße zu bezeichnen sind, obwohl sie sich anstaltspolizeilich als irrelevant erweisen.⁴⁷¹⁾ Das Straßenrecht befaßt sich aber erkennbar nur mit dem Leistungskonsum, der sich anstaltspolizeilich in der Weise auswirkt, daß der Gemeingebrauch gefährdet oder beeinträchtigt wird und verzichtet offensichtlich auf die an sich mögliche gebührenrechtliche Erfassung von Straßenbenutzungen, die anstaltspolizeilich unbedeutend sind. Die genannte Systematik des Straßenrechts wird deutlich an der Verkoppelung der leistungsrechtlichen Komponente einer Straßenbenutzung mit der anstaltspolizeilichen Überwachungsbedürftigkeit.⁴⁷²⁾ Demzufolge sind anstaltspolizeilich irrelevante Straßenbenutzungen auch leistungsrechtlich unbeachtlich.

471) Beispiel: Wirtschaftliche Straßennutzung durch gezielte werbemäßige Einwirkung auf eine Fußgängerzone von einem Anliegergrundstück aus.

472) Siehe hierzu oben G. III. 3. d.

Innerhalb des gestaffelten Sondernutzungstatbestands decken sich somit erlaubnisfreie und gebührenfreie Sondernutzung. Erst mit dem Einsetzen der anstaltspolizeilichen Überwachungsbedürftigkeit einer Straßenbenutzung tritt deren leistungsrechtliche Komponente gebührenrechtlich hervor. Erlaubnisfreie Bagatellsondernutzungen sind daher gebührenfrei.

5. Sonstige Straßenbenutzungsformen

Neben den überkommenen Straßenbenutzungstatbeständen, Gemeingebrauch und Sondernutzung, die sich ausschließlich nach einer öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung beurteilen, finden traditionellerweise weitere Straßenbenutzungsformen Anerkennung. Die rechtliche Zulässigkeit solcher Straßenbenutzungen beruht weder auf dem Gemeingebrauch, noch auf einer einseitigen straßenherrlichen Zulassung zur Sondernutzung, sondern stützt sich auf andere Rechtsgrundlagen. Es handelt sich dabei einmal um die Straßenbenutzung auf vertraglicher Basis, zum anderen um Straßenbenutzungen, die ihren Rechtsgrund in einem Nachbarschaftsverhältnis öffentlich-rechtlicher Prägung finden.

a) Die vertragliche Straßenbenutzung

Unter der Geltung eines überwiegend öffentlich-rechtlichen Straßenregimes im neuen Straßenrecht sind auch Straßenbenutzungen kraft vertraglicher Vereinbarung einer Betrachtung unter diesem Gesichtspunkt zu unterziehen. Soweit solche Verträge die Benutzung öffentlicher Straßen im Sinne einer Inanspruchnahme einer Verwaltungsleistung zum Gegenstand haben, sind sie als öffentlich-rechtliche Verträge nach den Regeln des öffentlichen Rechts zu beurteilen. Diese Auffassung setzt insbesondere die überkommenen "Wegekonzessionsverträge" zum Zwecke der Verlegung von Versorgungsleitungen ⁴⁷³⁾ einer geänderten Betrachtungsweise aus. Bei der Benutzung öffentlicher Straßen zum Zwecke der öffentlichen Versorgung werden diese in ihrer Eigenschaft als Verkehrsweg in Anspruch genommen. Dieser Vorgang ist sowohl anstaltspolizeilich als auch leistungsrechtlich relevant. Die Tätigkeit der Verlegung der Leitungen ist regelmäßig mit einer Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs verbunden. ⁴⁷⁴⁾ Im Straßenkörper verlegte Versorgungsleitungen bilden aufgrund ihrer Störungsanfälligkeit einen permanenten Gefährdungstatbestand des Gemeingebrauchs.

473) Dazu oben F. I. 3. c.

474) Straßenaufgrabungen behindern den Verkehr; mitunter ist es sogar erforderlich, den Verkehr umzuleiten.

Dies gilt auch für Versorgungsleitungen, die öffentliche Verkehrswege kreuzen und diese gleichsam als Hindernis überwinden. Letztere unterliegen lediglich aus leistungsrechtlicher Sicht einer anderen Beurteilung, da sie die Straße nicht als Verwaltungsleistung in Anspruch nehmen. 475)

Die vertragliche Einräumung von Straßenbenutzungsrechten zum exklusiven Betrieb von Anschlagstellen auf öffentlichen Straßen, die von Gemeinden verwaltet werden, richtet sich überwiegend nach öffentlichem Recht. Der Inhalt solcher Verträge geht über eine eigentumsrechtliche Benutzungsregelung hinaus, auch wenn die Gemeinden selbst Eigentümer dieser Straßen sind. 476) Da die einzelnen Anschlagstellen eines Werbenetzes sich an verschiedenen Orten befinden und regelmäßig auch in ihrer Gestaltung voneinander abweichen, sind sie anstalts- polizeilich unterschiedlich zu beurteilen.

475) Ausführlich hierzu Bartlsperger, Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung, S. 21 ff. - 23.

476) Die Straße wird in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsleistung zur Verfügung gestellt und vom Anschlagunternehmen auch in dieser Weise genutzt.

Daher ist die anstaltspolizeiliche Erlaubnis im Hinblick auf den Ort der Aufstellung und die Gestaltung für jede Anschlagstelle gesondert durch Einzelakt zu erteilen. Die leistungsrechtliche Zulassung als generalisierbarer Teil einer Sondernutzungserlaubnis kann dagegen in einem rahmenrechtlich begleitenden Vertrag zusammengefaßt werden. Es handelt sich dabei um die Übertragung des Nutzungsrechts bezüglich sämtlicher von der Gemeinde freigegebenen Werbmöglichkeiten bei gleichzeitiger Verpflichtung der Gemeinde, konkurrierende Sondernutzungserlaubnisse nicht zu erteilen. Der insoweit leistungsrechtliche Charakter des Vertragsinhalts rechtfertigt die Erhebung einer vertraglichen Sondernutzungsgebühr. ⁴⁷⁷⁾ Daneben ist die Vereinbarung weiterer generalisierbarer Vertragsinhalte, wie die Festlegung von Betriebs- und Kontrahierungspflichten, ebenso zulässig, wie ein allgemeines Verbot, verkehrsgefährdende oder anstößige Werbung zu betreiben (Ordnungspflichten). Insoweit erfüllt die vertragliche Regelung auch ordnungsrechtliche Zwecke.

477) Zur Zulässigkeit und Grenzen einer vertraglichen Gebührenregelung siehe bei Bartlsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 133 ff.

Diese Grundsätze sind beim Abschluß neuer Werbenutzungsverträge, deren Zulässigkeit sich im übrigen nach §§ 54, 56 VwVfG bzw. den entsprechenden Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder beurteilt, aus straßenrechtlicher Sicht zu beachten. Verträge, die vor dem Inkrafttreten der neuen Straßengesetze geschlossen wurden, unterfallen den gesetzlichen Übergangsbestimmungen. Auf diese sind die soeben dargestellten Grundsätze erst ab dem Zeitpunkt anwendbar, da diese Verträge erstmalig kündbar sind. 478)

b) Straßenbenutzung als Nachbarrechtsausübung

Die räumliche Nähe zweier oder mehrerer Grundstücke läßt diese in ein Nachbarschaftsverhältnis zueinander treten. Die Privatrechtsordnung berücksichtigt diesen Umstand, indem sie den Eigentümern der betreffenden Grundstücke Beschränkungen des Eigentums auferlegt, die als sogenanntes privates Nachbarrecht 479) Rechtswirkung entfalten.

478) Siehe Bartlsperger, aaO, S. 142, dort Anm. 618.

Öffentliche Straßen stehen in Ansehung ihrer bautechnischen Verbindung mit Grundstücken gleichfalls in einem Nachbarschaftsverhältnis zu Anliegergrundstücken. Hierbei gilt die Besonderheit, daß die erweiterte Zweckbestimmung öffentlicher Straßen das private Eigentum am Straßengrundstück weitgehend verdrängt. In dem Maße, wie das private Eigentum zurücktritt, verliert der Straßeneigentümer die Befugnisse aus ihm. Ein öffentlich-rechtliches Straßenregime ersetzt insoweit die Funktion des Eigentums. 480)

- 479) Unter privatem Nachbarrecht versteht man im wesentlichen die Rechtssätze, die auf der Grundlage eines nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis einen gerechten Ausgleich der gegenseitigen nachbarlichen Interessen durch Beschränkungen des Eigentumsrechts an Grundstücken herbeiführen. Es handelt sich hierbei im wesentlichen um die Vorschriften der §§ 906 ff. BGB, Art. 124 EGBGB. Ausführlich zum Begriff des Nachbarrechts, Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht, 6. Aufl. 1972, Einleitung I, Stadler, Das Nachbarrecht in Bayern, 2. Aufl. 1977, Einleitung I. 1. (S. 10).

- 480) Siehe oben G. III. 1.

An die Stelle des Eigentümers des Straßengrundstücks rückt der öffentliche Straßenherr. Er nimmt das ausschließlich öffentliche Interesse an der Straße wahr. ⁴⁸¹⁾ Ein Straßenanlieger sieht sich somit im Konfliktfall nicht dem Straßeneigentümer, sondern dem Straßenherrn gegenüber, wenn die Konfliktsituation auf der Öffentlichkeit der Straße beruht. Dies ist stets der Fall bei Einwirkungen auf das Anliegergrundstück, die sich als Folge der öffentlichen Zweckbindung einer Straße erweisen. Gleiches gilt, wenn Einwirkungen vom Anliegergrundstück auf die Straße deren öffentliche Zweckbindung berühren. Interessenskollisionen, die durch die Öffentlichkeit einer Straße hervorgerufen werden, können nur durch das öffentliche Recht bewältigt werden. Das private Nachbarrecht trägt von seiner Konzeption her der Interessenlage nicht Rechnung, ⁴⁸²⁾ da es auf den Ausgleich privater Interessen zugeschnitten ist.

481) Hardinghaus, aaO, S. 152, kritisch hierzu Sommer, Das Immissionsrecht der öffentlichen Sachen, S. 42 f.

482) Peine, Rechtsfragen der Einrichtung von Fußgängerstraßen, S. 221, siehe hierzu auch Hardinghaus, aaO, S. 138.

Es hält demzufolge auch sachgerechte Lösungen nicht parat. Daher kann der Normenkomplex des privaten Nachbarrechts nicht ohne weiteres in das öffentliche Recht transponiert werden. 483) Dies wird besonders deutlich am Beispiel des § 906 Abs. 2 BGB. Diese Vorschrift gewährt dem Duldungspflichtigen einer wesentlichen Einwirkung unter besonderen Voraussetzungen einen Ausgleich in Geld, den der "Benutzer" des Nachbargrundstücks zu entrichten hat. Überträgt man diesen Lösungsvorschlag in das öffentliche Recht, so müßten die Straßenbenutzer den Straßenanliegern für die von ihnen verursachten Immissionen entschädigen. Dieses Ergebnis steht im Widerspruch zur geltenden Straßenbenutzungsordnung, der eine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen Straßebenutzer und Straßenanlieger sowohl bei gemeingebräuchlicher als auch bei sondergebräuchlicher Straßenbenutzung fremd ist. Die Interessen des Straßenanliegers können jedoch innerhalb eines öffentlich-rechtlichen Nachbarschaftsverhältnisses Berücksichtigung finden, innerhalb dessen der Straßenherr und der Straßenanlieger als Rechtsträger in Erscheinung treten.

483) Ausführlich hierzu Peine, aaO, S. 223 ff., siehe hierzu auch Sommer, aaO, S. 48 f.

Eingriffe in die Rechtssphäre des Straßenanliegers, die sich durch eine besondere Schwere und Tragweite auszeichnen, sind nach den in der Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Enteignung bzw. zum enteignungsgleichen Eingriff auszugleichen.⁴⁸⁴⁾ Im übrigen gilt auch im öffentlichen Nachbarrecht das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme. Dieses folgt aus der Nachbarlage und findet seinen Ausdruck in einem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis öffentlich-rechtlicher Prägung. Ihm liegt der Rechtsgedanke von "Treu und Glauben" zugrunde, der grundsätzlich auch im öffentlichen Recht Geltung beanspruchen kann.⁴⁸⁵⁾ Danach müssen gegenseitige Einwirkungen geringen Ausmaßes von den Betroffenen grundsätzlich hingenommen werden. Der Duldungspflicht des Straßenanliegers gegenüber Immissionen der öffentlichen Straße steht als Korrelat ein subjektiv öffentliches Recht des Straßenanliegers gegenüber, die Straße für seine Zwecke in Anspruch zu nehmen, selbst wenn dabei die erweiterte Zweckbestimmung der öffentlichen Straße tangiert wird.

484) Grundlegend hierzu Urt. d. BGH v. 10.6.1952, BGHZ 6, 270 ff. und Urt. d. BVerwG v. 27.6.1957, BVerwGE 5, 143 ff. Ausführlich hierzu Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 1976, S. 147 ff.

Duldungspflicht und nachbarrechtliche Befugnisse sind nicht in der Weise miteinander gekoppelt, daß eine erhöhte Immissionsbelastung⁴⁸⁶⁾ eines Anliegergrundstücks ein Mehr an Nutzungsrechten des Straßenanliegers zur Folge hätte. Die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme beinhaltet lediglich das Gebot, die Belange des Nachbarn in angemessenem Umfang zu respektieren. Dabei ist die konkrete Gemeingebrauchssituation, die für die jeweilige Nutzung maßgeblich ist, zu berücksichtigen. Die Grenze einer durch das Nachbarrecht gedeckten Nutzung bildet die Hauptzweckbestimmung der öffentlichen Straße, der Gemeingebrauch. Für Gefährdungen oder Beeinträchtigungen des Gemeingebrauchs gibt das subjektive öffentliche Nachbarrecht des Straßenanliegers grundsätzlich keine Grundlage ab.

485) Siehe hierzu Forsthoff, Verwaltungsrecht I, § 9 (S. 169 ff) m. zahlr. Hinweisen aus Literatur und Rechtsprechung.

486) Zum Schutz der Anlieger gegen Immission, die von öffentlichen Straßen ausgehen, siehe Sommer, aaO, S. 70 ff., allgemein zum Problem der Abwehr von Immission der öffentlichen Hand siehe Memmert, Der öffentlich-rechtliche Abwehranspruch gegen Immissionen der öffentlichen Hand, Diss. Erlangen, 1970.

Diese Grenzziehung schließt es jedoch nicht aus, daß bei entspannter Gemeingebrauchssituation, wie sie regelmäßig in verkehrsberuhigten Zonen vorzufinden ist, in Ausnahmefällen geringfügige Gemeingebrauchsstörungen vom Straßenherrschaftszustand hinzunehmen sind, sofern die (wirtschaftlichen) Belange des Straßenanliegers dies rechtfertigen. Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis öffentlich-rechtlicher Prägung bildet somit die Grundlage für eine flexible Lösung spezifisch nachbarrechtlicher Interessenkonflikte zwischen den Straßenanliegern und dem Straßenherrschaftszustand.

Zweifelhaft erscheint, ob die Nachbarrechtsbefugnisse auch vor sondergebräuchlichen Straßenbenutzungen zurückweichen müssen. Die erweiterte öffentliche Zweckbindung der Straße schließt Sondernutzungen ein. Die einzelne Sondernutzung erfolgt, ebenso wie die Ausübung des Nachbarrechts, regelmäßig im privaten Interesse. Das Recht auf Sondernutzungen und das Nachbarrecht stehen im Hinblick auf die Interessenlage der Nutzungsbewerber auf gleicher Stufe. 487)

487) In diesem Sinne auch Hardinghaus, aaO, S. 139.

Es ist daher kein Grund ersichtlich, Straßenbenutzungen, die auf dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis öffentlich-rechtlicher Prägung basieren, der sondergebräuchlichen Straßenbenutzung rangmäßig nachzuordnen.

Wie bereits dargestellt wurde, beruht das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis öffentlich-rechtlicher Prägung auf der Nachbarlage. Letztere wird durch die räumliche Nähe von Anliegergrundstück und öffentlicher Straße begründet. Auf Seiten des Straßenherrn bildet die Öffentlichkeit der Straße den rechtlichen Anknüpfungspunkt für einen Interessenausgleich. Auf Seiten des Straßenanliegers erfüllt diese Funktion das Anliegergrundstück und dessen Nutzung im konkreten Fall. Der Person des jeweiligen Nutzungsberechtigten kommt insoweit keine besondere Rolle zu. Diese rechtliche Konstellation macht deutlich, daß es bei der Ausübung des Nachbarrechts auf die Person des Nutzungsberechtigten nicht ankommen kann. Die Nachbarrechtsbefugnisse sind somit nicht höchstpersönliche Befugnisse des Straßenanliegers, sondern können rechtsgeschäftlich veräußert oder auch durch bloße Duldung der Ausübung eingeräumt werden.

Interessen des öffentlichen Straßenherrn stehen dieser Auffassung nicht entgegen, da es dem Straßenherrn gleichgültig sein kann, wer die konkreten Nachbarbefugnisse wahrnimmt, sofern die Ausübung sich in den oben aufgezeigten Grenzen hält. Werden diese bei der Straßenbenutzung übertreten, so kann der öffentliche Straßenherr sich sowohl an den Straßenanlieger als auch an den Straßenbenutzer halten. 488)

In der straßenrechtlichen Benutzungspraxis kommt der Nachbarrechtsausübung als eigenständigem Benutzungstatbestand kaum Bedeutung zu. Inhalt und Umfang von Straßenbenutzungen, die ihre Rechtfertigung in einem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis öffentlich-rechtlicher Prägung finden, decken sich weitestgehend mit Straßenbenutzungen von Straßenanliegern, die als Bagatellnutzungen dem erlaubnisfreien Sondernutzungstatbestand unterfallen. 489)

488) Beide besitzen gleichsam eine straßenrechtliche Störereigenschaft. Allgemein zum Störerbegriff siehe bei Samper, Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, 4. Aufl. 1975, S. 162 ff.

489) Oben G. III. 3. e. aa).

Die Ursache dieser Kongruenz liegt darin, daß die gemeinsame Nutzungsobergrenze solcher Nutzungen sich an der Vereinbarkeit mit dem Gemeingebrauch orientiert. Die Erlaubnis- und Gebührenfreiheit solcher Straßenbenutzungen erfährt somit nur eine zusätzliche Rechtfertigung durch das öffentliche Nachbarrecht.

6. Zusammenfassung

In einer konstruktiv anstaltspolizeilichen-leistungsrechtlichen Benutzungsordnung des neuen Straßenrechts finden nur noch die gesetzlichen Nutzungstatbestände Gemeingebrauch und Sondernutzung rechtliche Anerkennung. Eine differenzierende Betrachtung der Sondernutzungen innerhalb eines gestaffelten Sondernutzungstatbestands erübrigt die Beibehaltung zusätzlicher Straßenbenutzungstatbestände. Der Anliegergebrauch bildete bereits im früheren Straßenrecht kein eigenständiges Rechtsinstitut und ist im neuen Straßenrecht als inhaltsleere Begriffshülse funktionslos geworden. Neben den straßengesetzlichen Benutzungstatbeständen Gemeingebrauch und Sondernutzung tritt die auf einem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis öffentlich-rechtlicher Prägung beruhende Straßenbenutzung kaum eigens hervor, da diese Benutzungsvorgänge mit dem erlaubnisfreien Sondernutzungstatbestand im wesentlichen deckungsgleich sind.

IV. Folgerungen für die Straßenbenutzung durch

Anliegerwerbung

Die Systematik der neuen Straßenbenutzungsordnung setzt neben anderen Formen der Inanspruchnahme öffentlicher Straßen als Verwaltungsleistung insbesondere auch die Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung einer geänderten Betrachtungsweise aus.

1. Die Anliegerwerbung als Gemeingebrauch

Als Folge der Beschränkung der gemeingebrauchlichen Straßenbenutzung auf eine Nutzung (überwiegend) zum Verkehr im Sinne einer auf Ortsveränderung gerichteten Tätigkeit ⁴⁹⁰⁾ scheidet der Gemeingebrauch als Straßenbenutzungsform, innerhalb derer sich die Anliegerwerbung verwirklichen kann, aus. Sämtlichen Erscheinungsformen der Anliegerwerbung ⁴⁹¹⁾ ist gemeinsam, daß sie die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr im Sinne einer Ortsveränderung benutzen. ⁴⁹²⁾

490) Hierzu oben G. II.

491) Zu den Erscheinungsformen der Anliegerwerbung siehe oben C.

492) Werbung ist - auch wenn sie an und auf Straßen betrieben wird - kein Verkehrsvorgang; so Beschl. d. BVerfG v.10.12.1975, BVerfGE 40, 371 ff. - 380 und nunmehr auch Urt. d. BGH v. 3.2. 1978, DVBl. 79, 73.

Dies gilt insbesondere für solche Werbevorgänge, die ursprünglich unter der Geltung eines ausgedehnten Gemeingebrauchsbegriffs dem sogenannten gesteigerten Gemeingebrauch zugeordnet wurden, ⁴⁹³⁾ Straßenbenutzungen zu (überwiegend) außerverkehrlichen Zwecken unterfallen nach der neuen Straßenbenutzungsordnung der öffentlich-rechtlichen Sondernutzung.

2. Die Anliegerwerbung als Sondernutzung

Die ausnahmslose Zuordnung der gesamten Anliegerwerbung zur öffentlich-rechtlichen Sondernutzung beruht vor allem auf deren Zugehörigkeit zur Kategorie der Straßenbenutzungen, die die Straße für (überwiegend) außerverkehrliche Zwecke als Verwaltungsleistung in Anspruch nehmen. Dies gilt sowohl für Anlagen der Anliegerwerbung, die den Straßenraum gegenständlich nutzen, ⁴⁹⁴⁾ als auch für solche Werbevorgänge, die als agitatorische Straßenbenutzungen die Straße als Wirkungsfeld der Werbetätigkeit nutzen. ⁴⁹⁵⁾

493) Dazu oben F. I. 2. und G. II. 3.

494) Zur gegenständlichen Inanspruchnahme des Straßenraums siehe oben F. I.

495) Hierzu oben E. II.

Die Inanspruchnahme der Straße für Zwecke der Anliegerwerbung erweist sich somit unabhängig davon, ob sie gegenständlich oder agitatorisch oder in Gemengelage auftritt, als wirtschaftliche Nutzung des Mehrzweckinstituts Straße, da der Werbungstreibende an der Vorhaltung dieses beschränkten Kollektivgutes partizipiert und dadurch eigene Aufwendungen erspart⁴⁹⁶⁾ (leistungsrechtliche Komponente der Anliegerwerbung).

Die anstaltspolizeiliche Komponente der Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung ist dadurch gekennzeichnet, daß sowohl gegenständliche als auch agitatorische Straßenbenutzungen durch Anliegerwerbung grundsätzlich geeignet sind, im Hinblick auf den Gemeingebrauch Aberrations-, Kanalisations-, Retardations- und Arretationseffekte hervorzurufen.⁴⁹⁷⁾ Dies rechtfertigt die prinzipielle Zuordnung der Anliegerwerbung zur öffentlich-rechtlichen Sondernutzung aus anstaltspolizeilicher Sicht. Als öffentlich-rechtliche Sondernutzungen können sämtliche Vorgänge der Anliegerwerbung unter Berücksichtigung der konkreten Gemeingebrauchssituation in den gestaffelten Sondernutzungstatbestand eingeordnet werden.

496) Oben E. III.

497) Siehe die Beispiele in Anm. 110 und 115.

Freilich kann der Zweck der vorliegenden Arbeit nicht darin bestehen, sämtliche Erscheinungsformen der Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung in einen nach Erlaubnisbedürftigkeit und Gebührentarif gegliederten allgemeinverbindlichen Nutzungskatalog einzureihen. Für ein solches Vorhaben ist das Bild der Anliegerwerbung zu vielfältig, die Gemeindegebrauchssituation auf öffentlichen Straßen zu wechselhaft. Jede straßenrechtliche Beurteilung von Vorgängen der Anliegerwerbung kann nur in Ansehung des konkreten Sachverhalts erfolgen. Gleichwohl sollen im folgenden die allgemein gültigen Grundsätze für die Einordnung der Anliegerwerbung in den gestaffelten Sondernutzungstatbestand anhand einiger Beispiele dargestellt werden.

a) Erlaubnisfreie Straßenbenutzungen durch Anliegerwerbung

Keiner straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis bedürfen all jene Vorgänge der Anliegerwerbung, die anstaltspolizeilich irrelevant sind, da sie nach der Systematik des neuen Straßenrechts auch leistungsrechtlich nicht gesondert hervortreten. ⁴⁹⁸⁾

498) Siehe oben G. III. 3. e. aa).

- (1) Die anstaltspolizeiliche und damit auch leistungsrechtliche Unbedenklichkeit einer Sondernutzung kann allgemein bejaht werden für Anliegerwerbung, die von außerhalb auf eine Straße mit entspannter Gemeingebrauchssituation einwirkt. Solche Straßenbenutzungen nehmen den Straßenraum nicht gegenständlich in Anspruch. Sie stellen an Straßen mit entspannter Gemeingebrauchssituation (z.B. verkehrsberuhigten Fußgängerzonen) weder eine abstrakte Gefährdung noch eine konkrete Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs dar, selbst dann nicht, wenn es sich dabei um Werbung mit vergleichsweise hohem Agitationsgrad handelt. 499)

Die Gemeinverträglichkeitsschwelle an Straßen mit entspannter Gemeingebrauchssituation ist im Hinblick auf deren Benutzung durch Anliegerwerbung hoch anzusetzen. Demzufolge zählen dort auch gegenständliche Benutzungen des Straßenraums durch Anlagen der Anliegerwerbung in begrenztem Umfang zum erlaubnisfreien Sondernutzungstatbestand, bzw. zur Nutzung, die durch das nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis öffentlich-rechtlicher Prägung gerechtfertigt ist.

499) Zur agitatorischen Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung siehe oben E. II.

In sogenannten Fußgängerzonen kann eine Beeinträchtigung oder Gefährdung des (Fußgänger-)Gemeingebrauchs durch Anlagen der Anliegerwerbung, die den Straßenraum beanspruchen, ausgeschlossen werden, wenn die Nutzung in einer Höhe erfolgt, die vom Fußgängerverkehr nicht mehr beansprucht werden kann. 500) Der durch das sogenannte Lichtraumprofil begrenzte Bereich endet in geringerer Höhe als auf Straßen mit Fahrzeugverkehr. Die räumliche Inanspruchnahme der Straße durch Anlagen der Außenwerbung findet in Fußgängerzonen aber jedenfalls dort eine Grenze, wo sie die Ausübung des Anliegerverkehrs ausschließt oder unangemessen stark behindert. Wie oben schon dargestellt, gehört die Ausübung des Anliegerverkehrs in verkehrsberuhigten Zonen zu den Straßenbenutzungen, die in ihrem Kern durch Art. 2 und Art. 14 GG geschützt werden. 501) Aufgrund dieses erweiterten verfassungsrechtlichen Schutzes genießen derartige Straßenbenutzungen grundsätzlich den Vorrang gegenüber dem Sondergebrauch durch Anliegerwerbung.

500) Etwa in einer Höhe von 2,50- 3 m.

501) Oben G. III. 3. b.

Sofern gegenständliche Straßenbenutzungen durch Anliegerwerbung mangels Gemeingebrauchsbeeinträchtigung bzw. -gefährdung nicht in Erscheinung treten, bleibt der leistungsrechtliche Aspekt der Inanspruchnahme des Mehrzweckinstituts Straße unberücksichtigt. Der agitatorischen Straßenbenutzung jeder Anliegerwerbung kommt - unabhängig vom Standort des Werbeträgers - in Fußgängerzonen keine eigenständige straßenrechtliche Bedeutung zu. Verkehrsberuhigte Zonen zeichnen sich dadurch aus, daß sie nach dem Willen des Straßenherrn ein hohes Maß an werbemäßiger Information und Kommunikation bieten. Durch die Schaffung von verkehrsberuhigten (Fußgänger-)Zonen macht der öffentliche Straßenherr nach außen hin deutlich, daß er mangels Bedürfnisses auf die benutzungsrechtliche Reglementierung der agitatorischen Straßenbenutzung verzichtet. Er gibt die agitatorische Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung in diesem Bereich gleichsam frei.

Sowohl eine gegenständliche Inanspruchnahme des Straßenraums durch Anlagen der Außenwerbung in den oben aufgezeigten Grenzen als auch die gesamte agitatorische Straßenbenutzung kann in Fußgängerzonen daher aus straßenrechtlicher Sicht erlaubnis- und gebührenfrei ausgeübt werden.

- (2) Straßenbenutzungen durch Anliegerwerbung an öffentlichen Straßen, die dem motorisierten Fahrzeugverkehr eröffnet sind, gehören nur mehr in Ausnahmefällen dem erlaubnis- und gebührenfreien Sondernutzungstatbestand an. Die Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung rivalisiert an solchen Straßen, die die ganz überwiegende Mehrzahl aller öffentlichen Straßen ausmacht, mit dem (Fahrzeug-)Gemeingebrauch ⁵⁰²⁾ weitaus intensiver als in verkehrsberuhigten Zonen. Diese Feststellung gilt unabhängig vom konkreten Standort des Werbeträgers für Straßenbenutzungen durch Anliegerwerbung mit hohem Agitationsgrad.

502) Hierzu oben E. III.

Auch eine gegenständliche Inanspruchnahme des Luftraums über der Straße innerhalb des Lichtraumprofils ⁵⁰³⁾ unterliegt im Hinblick auf deren Erlaubnis- und Gebührenfreiheit grundsätzlich der gleichen straßenrechtlichen Beurteilung.

Als erlaubnis- und gebührenfreie Nutzungstatbestände können nur noch solche Nutzungen Anerkennung finden, die sich mit einem niedrigen Agitationsgrad begnügen und- sofern dabei auch der Straßenraum gegenständlich in Anspruch genommen wird - auf eine minimale Inanspruchnahme der Straße beschränkt sind. Als Beispiel einer erlaubnis- und gebührenfreien agitatorischen Straßenbenutzung ohne gleichzeitige gegenständliche Inanspruchnahme des Straßenraums kann die Schaufenster- und Schaukastenwerbung genannt werden, sofern sie es vermeidet, durch intensive Lichtwerbung mit Ablenkungseffekt zu agitieren. Gleiches gilt für unaufdringliche Anliegerwerbung mit Hinweis- und Orientierungsfunktion für Straßenbenutzer, wie z.B. Bemalungen, Beschriftungen, Beschilderung und Lichtwerbung mit geringer Fernwirkung an Gebäuden oder sonstigen Werbeträgern außerhalb des Straßenraums.

Auch geringfügige räumliche Straßenbenutzungen mit unerheblichem Agitationsgrad sind insbesondere an breiten Straßen regelmäßig noch dem erlaubnis- und gebührenfreien Sondernutzungstatbestand zuzuordnen. Gedacht ist hierbei an Flachschilder und Flachbuchstaben, die entlang einer Gebäudewand in einer Höhe angebracht sind, die vom Fußgängerverkehr nicht mehr in Anspruch genommen werden kann und die keine eigene Leuchtwirkung besitzen. Derartige Werbevorgänge "verknappen" den Straßenraum nur rechnerisch und fallen anstaltspolizeilich nicht ins Gewicht. Sie treten nur theoretisch in Rivalität zur verkehrsmäßigen Straßenbenutzung, ohne daß in der Praxis eine merkliche Auswirkung auf den Gemeingebrauch nachweisbar wäre, die eine Erlaubnis- und Gebührenpflicht rechtfertigen könnte.

503) Siehe Anm. 108.

Gemeinsam ist allen erlaubnis- und gebührenfreien Straßenbenutzungen durch Anliegerwerbung, daß sie aus der Sicht des Straßenherrn von jedermann ausgeübt werden dürfen, die Nutzung also nicht auf Straßenanlieger beschränkt ist.

b) Die erlaubnis- und gebührenpflichtige Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung

Die ganz überwiegende Mehrzahl von Vorgängen der Anliegerwerbung übersteigt den Rahmen von Nutzungen, die zum erlaubnisfreien Sondernutzungstatbestand gezählt werden können, bzw. vom Straßenherrn als Folge einer nachbarrechtlichen Duldungspflicht hinzunehmen sind.⁵⁰⁴⁾ Selbst eine beispielhafte Aufzählung von Werbevorgängen, die besonders typisch für die Erfüllung des erlaubnis- und gebührenpflichtigen Sondernutzungstatbestand zu gelten hätten, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

504) Siehe hierzu G. III. 5. b.

Auf eine gesonderte, beispielhafte Darstellung der erlaubnis- und gebührenpflichtigen Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung kann verzichtet werden, wenn die Grenze zum nicht-erlaubnisfähigen Sondernutzungstatbestand aufgezeigt wird, da zum erlaubnis- und gebührenpflichtigen Sondernutzungstatbestand sämtliche Straßenbenutzungen durch Anliegerwerbung gehören, die sich weder als erlaubnisfrei noch als nicht erlaubnisfähig erweisen.

c) Die nicht erlaubnisfähige Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung

Für Straßenbenutzungen durch Anliegerwerbung an Straßen mit entspannter Gemeingebrauchssituation ohne motorisiertem Fahrzeugverkehr ist die Grenze der Erlaubnisfähigkeit weit zu ziehen. Da die agitatorische Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung in diesem Bereich im Hinblick auf die Nutzungs rivalität als Kriterium der Erlaubnisbedürftigkeit außer Betracht bleibt, ⁵⁰⁵⁾ ist allein auf gegenständliche Nutzungen des Straßenraums abzustellen.

505) Siehe oben G. IV. 2. a.

Die Grenze der Erlaubnisfähigkeit dürfte jedenfalls überschritten sein, wenn die Rivalität zwischen werbemäßiger und gemeingebrauchlicher Nutzung ein derartiges Ausmaß einnimmt, daß der von der Anliegerwerbung beanspruchte Anteil der Nutzungskapazität den für gemeingebrauchliche Zwecke verbleibenden Anteil übersteigt. Haupt- und Nebenzweckbestimmung der Straße sind in diesem Falle vertauscht. Der Eintritt dieser Situation äußert sich in der Weise, daß die Passanten bei durchschnittlichem (Fußgänger-)Verkehrsaufkommen die Straße nur noch mit Mühe (haupt-)zweckgerecht nutzen können, weil Anlagen der Anliegerwerbung buchstäblich "im Wege" stehen. Die nichterlaubnisfähige Behinderung kann durch einzelne übermäßige Straßenbenutzungen ausgelöst werden, die den "Weg versperren" 506) oder auch dadurch, daß an sich erlaubnisfähige Einzelbenutzungen in derartiger Häufung auftreten, daß sie in ihrer Gesamtheit nicht mehr hingenommen werden können.

506) Z.B. Werbevitritten, die zu einem in unmittelbarer Nähe befindlichen Ladengeschäft gehören.

Die Sondernutzungserlaubnis ist in letzterem Falle nach der zeitlichen Reihenfolge des Eingangs der Anträge zu erteilen. Weitere Sondernutzungen sind bei Eintritt der Belastungsgrenze zu versagen. Durch zeitliche Befristung der Sondernutzungserlaubnis kann dem wirtschaftlichen Bedürfnis von Antragstellern, die zunächst abgewiesen werden mußten, durch Einführung eines "Rotationssystems" 507) entsprochen werden. Als nicht erlaubnisfähig haben in verkehrsberuhigten Zonen schließlich auch solche Straßenbenutzungen durch Anliegerwerbung zu gelten, die den erlaubten Anliegerverkehr erheblich erschweren oder gänzlich verhindern. 508)

507) Das Rotationssystem gewährleistet, daß die Anzahl der Erlaubnisnehmer in etwa konstant bleibt. Man erreicht dieses Ergebnis, indem sämtliche Erlaubnisse befristet erteilt werden. Die Inhaber dieser Erlaubnisse müssen nach Fristablauf eine gewisse Zeitspanne abwarten, bevor ihnen auf Antrag wieder eine neue Erlaubnis erteilt wird. Für die Dauer der Wartezeit erhalten andere Bewerber eine ebenfalls befristete Erlaubnis.

508) Beispiel: Wenn Anlagen der Anliegerwerbung den Straßenraum derart verengen, daß Anlieger mit ihren Fahrzeugen nicht oder nur mit Mühe passieren können.

An Straßen, auf denen erlaubterweise motorisierter Fahrzeugverkehr stattfindet, ist zur Verhinderung von Gemeingebrauchsgefährdungen bzw. -beeinträchtigungen jede gegenständliche Inanspruchnahme der Fahrbahn unterhalb des Lichtraumprofils durch Anlagen der Anliegerwerbung regelmäßig nicht erlaubnisfähig. Gleiches gilt, wenn die Begehbarkeit des Bürgersteigs z.B. durch Werbetafeln, -fahnen, Fahrradständen etc. derart eingeschränkt wird, daß die Passanten dadurch gefährdet werden, weil der Werbeträger den Bürgersteig innerhalb der Gehzone (teilweise) versperrt oder weil sie gezwungen sind, zur Umgehung des Hindernisses die Fahrbahn zu betreten. 509)

Könnte die Wirkung der agitatorischen Straßenbenutzung in verkehrsberuhigten Straßen vernachlässigt werden, so verdient sie insbesondere an Straßen mit gespannter Gemeingebrauchssituation im Hinblick auf den damit verbundenen Ablenkungseffekt für Verkehrsteilnehmer besondere Beachtung.

509) Einer anderen Beurteilung unterliegt der Fall, wenn eine genehmigte sondergebräuchliche gegenständliche Inanspruchnahme des Straßenraums (z.B. Bauzaun) werbemäßig durch Ankleben von Plakaten genutzt wird. Derartige Werbevorgänge sind straßenrechtlich nur unter dem Aspekt der agitatorischen Straßenbenutzung relevant.

Der Gesetzgeber hat dies erkannt und hat besonders gefährliche agitatorische Straßenbenutzungen in Ausschöpfung seiner Annexkompetenz für den Straßenverkehr ⁵¹⁰⁾ bestimmte Formen der Anliegerwerbung verboten. ⁵¹¹⁾ Da es sich hierbei nicht um eine abschließende Regelung handelt, ist der Straßenherr nicht gehindert, die Anliegerwerbung zusätzlichen Beschränkungen zu unterwerfen, sofern dies sachlich gerechtfertigt ist. ⁵¹²⁾ Zur straßenrechtlich nicht erlaubnisfähigen Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung, die straßenverkehrsrechtlich nicht ausdrücklich erfaßt ist, gehört z.B. Lichtwerbung, die sich infolge starker Blendwirkung als äußerst verkehrsbedrohend erweist. Gleiches hat zu gelten, wenn an sich erlaubnisfähige Sondernutzungen so massiert auftreten, daß gerade dadurch ein nicht mehr hinnehmbarer Ablenkungseffekt bei den Straßenbenutzern (Verkehrsteilnehmern) hervorgerufen wird.

510) Hierzu oben D. II.

511) So z.B. den Betrieb von Lautsprechern, das Anbieten von Waren und Leistungen aller Art auf der Straße etc. (vgl. im einzelnen § 33 StVO), siehe ferner oben D. II.

512) Ausführlich hierzu oben D. II. 2.

Dies ist besonders bei Kreuzungen mit Massenverkehr und Orientierungsfunktion zu bejahen, deren Überwindung dem Verkehrsteilnehmer ohnehin ein hohes Maß an Aufmerksamkeit und Konzentration abverlangt.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die konkrete Gemeingebrauchssituation an öffentlichen Straßen neben kurzfristigen Schwankungen auch langfristigen Änderungen ausgesetzt ist. Es kann sich eine öffentliche Straße mit gemäßigter Gemeingebrauchssituation infolge verkehrslenkender Maßnahmen der Straßenverkehrsbehörde zu einer Durchgangsstraße für den Hauptverkehr entwickeln, deren Nutzungskapazität durch die Verkehrsbelastung weitgehend erschöpft ist. Dieser Funktionswandel kann im Hinblick auf die Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung dazu führen, daß früher erteilte Sondernutzungs-erlaubnisse widerrufen werden müssen.

H. Schlußbemerkung

Der konstruktiv leistungsrechtlich-anstalts-polizeiliche Ansatz bei der rechtlichen Erfassung von Straßenbenutzungsvorgängen in Verbindung mit einem engen, auf die verkehrliche Nutzung im Sinne einer auf Ortsveränderung gerichteten Tätigkeit beschränkten Gemeingebrauchsbegriff verlagert den rechtlichen Standort der Anliegerwerbung institutionell in den Bereich der öffentlich-rechtlichen Sondernutzung.

Dieses Ergebnis mag insbesondere dem Praktiker auf den ersten Blick überraschend vorkommen. Einwendungen von dieser Seite ist entgegenzuhalten, daß die Bejahung eines erlaubnis- und gebührenfreien Sondernutzungsstatbestands für Bagatellnutzungen es nach wie vor zuläßt, daß die Anliegerwerbung sich in begrenztem Umfang wie bisher frei verwirklichen kann.

Der erlaubnis- und gebührenfreie Sondernutzungsstatbestand fordert zwangsläufig die Kritik derer heraus, die an der traditionellen Vorstellung eines zulassungsfreien und unentgeltlichen Gemeingebrauchs und eines erlaubnis- und gebührenpflichtigen Sondergebrauchs festhalten. Es kann dahinstehen, inwieweit mit dem Gemeingebrauch sich die Notwendigkeit der Zulassungsfreiheit und Unentgeltlichkeit verbindet und ob die Sondernutzung begriffsbedingt als erlaubnis- und gebührenpflichtig zu gelten hat. Ein rechtstheoretisch gesicherter unlösbarer Kontext ist jedenfalls insoweit nicht nachweisbar.

Freilich wird nicht übersehen, daß die Bewältigung der rechtlichen Problematik, die die Anliegerwerbung, insbesondere im Zusammenhang mit dem Anliegerrecht aufwirft, auch im Wege der Ausdehnung des Gemeingebrauchsbegriffs denkbar erscheint.

Das Konzept der gemeingebrauchsbegleitenden Nutzung liefert ebenfalls vertretbare und praktikable Ergebnisse. Der vorliegend begangene, dogmatisch klarere Weg über die erlaubnisfreie (Sonder-)Nutzung wurde nicht zuletzt deshalb eingeschlagen, weil er der derzeitigen Funktion öffentlicher Straßen als umfassende Mehrzweckinstitute der Leistungsverwaltung durch eine mehr differenzierende Benutzungsordnung besser gerecht wird.

LEBENS LAUF

Am 8. Februar 1945 wurde ich, Robert Hufnagel, als dritter Sohn des Schmiedemeisters Georg Hufnagel und dessen Ehefrau Margarete, geborene Hui, in Kotzenaurach, Landkreis Neustadt an der Aisch, geboren.

Nach vierjährigem Besuch der Volksschule trat ich in die Oberrealschule Fürth/Bayern ein. Dort legte ich im Jahre 1965 die Reifeprüfung ab. Im Anschluß daran leistete ich zwei Jahre Wehrdienst.

Im Wintersemester 1967/68 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Würzburg auf, das ich im Frühjahr 1972 mit Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung beendete. Die zweite juristische Staatsprüfung legte ich nach zweijährigem Referendardienst im Bezirk des Oberlandesgerichts Nürnberg ab. Anschließend war ich bis August 1979 an der Universität Erlangen - Nürnberg bei Professor Dr. Richard Bartlsperger, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig.

Seit Oktober 1979 übe ich den Beruf eines Rechtsanwalts aus.

Druck: D. Gräbner, 8602 Altendorf - Tel. 09545/8791